# الحمــاية الجنــائية للعــرض
# فى التشريع المعــاصر

# الحماية الجنائية للعرض
## فى التشريع المعاصر

دكتور
محمد زكى أبو عامر
أستاذ القانون الجنائى
كلية الحقوق ـ جامعة الاسكندرية

١٩٨٥

الفنية للطباعة والنشر
٤٨ شارع حوده رأس التين - الاسكندرية
تليفون ٨٢٢٥

بسم الله الرحمن الرحيم

# لكل دين خلق ... وخلق الإسلام الحياء

صدق رسول الله ﷺ

# مقدمة

## ١ ـ القانون الجنائى والاخلاق الحميدة : les bonnes mœurs

« الغضب » و « الشره » و « الفسق » أمراض ثلاثة تعتبر مصدرا لقلق الانسان وهمه ، على دمه وماله وعرضه[١] ، ومن هنا فقد حظيت تلك الامراض باهتمام « الاديان السماوية » ، و « القواعد الاخلاقية » فى رسمهما لطريقة تعامل الانسان مع نفسه أو مع غيره ، حتى يأمن الناس بعضهم من خوف على دمائهم وأموالهم وأعراضهم • فاتخذت فى مواجهة تلك الامراض موقفا صارما لم تتردد فى مواجهته من ادانة أى فعل أو تصرف يتضمن مساسا بدم الغير أو ماله أو عرضه ولو تمثل هذا المساس فى حده الادنى • لكن قواعد القانون الجنائى لم تأخذ من هذه الامراض ذات الموقف الصارم ، اذ هناك برغم وجوده افعال تسبب للغير ايلاما بدنيا أو معنويا ، أو افقارا غير مشروع لذمته ، ومع ذلك فان قواعد القانون الجنائى لا تحفل بها فى قليل أو كثير ، هذا التباعد القائم بين موقف القانون الجنائى وموقف قواعد الاخلاق من دم الانسان وماله ، تزداد شقته حينما يتعلق الامر « بالعرض » •

---

(١) انظر
Louis Lampert, traité de droit pénal spécial, Etude théorique et pratique des incriminations fondamentales· édition police revue· 1968. p. 565.

مشار اليه من بعد لامبير ، المطول

و « الاخلاق » فكرة اجتماعية تستمد اساسها من قواعد الدين والمثل العليا ، وهى من هذا المنطلق فكرة نسبية يتفاوت مضمونها بتفاوت العقيدة الدينية والمثل العليا التى تسيطر على المجتمع فى الزمان والمكان. ومع ذلك فان « خطر الجنس على الاخلاق » هو أحد القواسم المشتركة التى تجمع بين المفاهيم المتنوعة للاخلاق فى كل زمان ومكان[٢] . فالجنس أو بالادق نشاط الغريزة الجنسية l'instict sexuel وان كان أمرا طبيعيا بل وضروريا فى حياة الكائنات الحية جمعاء ، الا أن المثل العليا المغروسة فى ضمير البشر بفعل التربية والدين رسمت للانسان فى ممارسته لتلك الغريزة ، قيدا من وجهين[٣] : وجه يلتزم بمقتضاه « بالممارسة المشروعة » للجنس والا كان مفرطا فى « صيانة عرضه » ، ووجه يلتزم بمقتضاه بأن « يخفى تلك الممارسة » عن أعين الرقباء وآذانهم والا كان مخالفا لما ينبغى أن يتدثر به من « حياء وحشمة » ، فاذا خالف الانسان فى ممارسته لمتطلبات غريزته الجنسية هذا القيد ، كان « خاطئا » مستحقا للعار الذى يكيله المجتمع على رأسه ، لانه خالف مقتضيات « الاخلاق الفردية » حين فرط فى عرضه فمارس الجنس ممارسة غير مشروعة ، وخالف مقتضيات « الاخلاق العامة » حين لم يتدثر بالحياء والحشمة ، بممارسته للجنس علنا . الاخلاق اذن هى

---

(٢) من المؤكد علميا أن الغريزة الجنسية تلعب دورا هاما فى تكوين شخصية الفرد ، كما أن لها انعكاسات لا تنكر على تصرفاته والاتجاه به نحو الاعمال الجليلة أو الاعمال الضارة أو الوضعية .

(٣)

Roger Merle et Andre Vitu, traité de droit criminel, droit pénal spécial, par Andre vitu, édition cujas. 1982. p. 1498.

مشار اليه من بعد فيتى المطول

المصدر الموضوعى لحماية العرض كمفهوم فردى والحشمة أو الحياء العام كمفهوم جماعى •

والواقع أن تدخل قواعد القانون الجنائى ، لحماية « الاخلاق » بالمفهوم السابق يمكن أن يسهم فى « التربية الاخلاقية للفرد » moraliser de lindividu وحمله على التزام الجادة فى اشباع غرائزه وصيانة عرضه بما يحفظ عليه كرامة الانسان ورقيه ، ويحميه ويحمى الناس من تأثير النزوات الشهوانية • كما يمكن أن يسهم تدخل قواعد القانون الجنائى فى حماية « الاخلاق » بالمفهوم السابق فى حماية « الاخلاق العامة » moralité publique التى تعتبر بحق أساسا لبقاء كل مجتمع وضمانا لاستمرار كل حضارة ، وذلك عن طريق تجريم كل انحراف علنى يمكن أن يصيب بالضرر أو يعرض للخطر حياء المجتمع وهدوء العائلة[٤] • لكن الواقع هو أن القانون الجنائى لا يتبنى فى حمايته لفكرتى « الحشمة » و « صيانة العرض » ذلك المفهوم الاخلاقى المطلق la conception morale • وانما يتبنى مفهوما اجتماعيا محضا la conception sociale ، لفكرتى « صيانة العرض » باعتبارها تعبيرا عن مقتضيات الاخلاق الفردية ، و « الحشمة أو الحياء العام » باعتبارها تعبيرا عن مقتضيات الاخلاق العامة أو الجماعية •

---

(٤)
R. Garraud· traité théorique et pratique de droit pénal Français, Tome 5. 1924. p· 427 et 428.
مشار اليه من بعد ــ جارو المطول •

## ٢ ـ فكرة « الممارسة الجنسية » :

قبل أن نتعرض لموقف القانون الجنائى المعاصر من « العرض » ، ينبغى أن نتنبه الى وجود عدد ضخم من الجرائم المخصصة لحماية الاخلاق الجنسية ، من بينها ما هو مخصص لحماية العرض ، ومن بينها ما هو مخصص لحماية مصالح أخرى من الاخلاق لكنها ليست من العرض ، لكن القاسم المشترك بين هذه الجرائم جميعا هو تجريمها لبعض أنواع الممارسات المتصلة ـ على نحو ما ـ بالجنس .

ويقصد « بالممارسة الجنسية » سائر الافعال التى تعد ـ فى تقدير الرجل العادى ـ استجابة لنداء الجنس بصرف النظر عن مستوى الفحش فيها اذ هو قابل بطبيعته لان يتفاوت فيجمع بين فعل الاتصال الجنسى الطبيعى والكامل ، أو الاتصال الجنسى المخالف للطبيعة ، وبين الافعال الممهدة له والمسلسة اليه كالمساس بالعورات والعناق والتقبيل ، أو المثيرة لندائه بفعله أو رؤيته ، كالكشف عن العورات ، طالما كانت تلك الافعال تعتبر ـ اجتماعيا ـ استجابة لنداء الجنس .

والعبرة فى تقدير ما اذا كان الفعل يعد ممارسة جنسية ، لا علاقة له بتقدير الفاعل أو المفعول به ، وانما بطبيعة الفعل ذاته و « تقدير المجتمع لدلالته » ، ومن هنا تدخل فى باب الممارسة الجنسية سائر الافعال التى تعد فى تقدير المجتمع استجابة لنداء الجنس بمعناه الواسع الذى يشمل « الاتصال » و « التمهيد » و « الاثارة » ، بصرف النظر عن مرامى الفاعل وغاياته ، وأثرها أو تأثيرها على الفاعل أو المفعول فيه أو المفعول أمامه ، ولا يدخل بالتالى فى باب الممارسة الجنسية سائر الافعال التى لا تعد فى ذاتها ـ فى تقدير المجتمع ـ استجابة لنداء

الجنس بالمعنى السابق ولو كانت هذه الافعـال ـ بالنسبة للفاعل أو المفعول فيه ـ استجابة فقط لنداء الجنس ، كمن يضرب امرأة على غير عوره ارضاء لسادية عنده ، أو ما سوكيزم عندها[٥] •

وفكرة « الممارسة الجنسية » بهذا المفهوم قد تكون مشروعة وقد لا تكون ، لكن حدود الممارسة المشروعة وغير المشروعة تختلف بحسب ما اذا كان المعيار الذى نحكم به على تلك الممارسة أخلاقيا ، أو اجتماعيا أو جنائيـا •

**٣ ـ المفهوم الاخلاقى للعرض :**

يستمد المفهوم الاخلاقى conception morale « للعـرض » مقوماته من القواعد الدينية بصفة رئيسية والمعتقدات الخلقية النابعـة من التعلق بالمثل العليا من جهة اخرى ، ويتوجه هذا المفهوم بخطابه الى « الفرد » فيحثه على التحلى بالاخلاق والفضيلة والابتعاد عن كل فعل أو تصرف يتعارض مع مقتضيات الحفاظ عليها •

هذا المفهوم هو وحده الذى سيطر على أغلب التشريعات الاوربية حتى القرن الثامن عشر ، تحت تأثير القانون الكنسى ، فكان الزنا المجرم يكاد أن يتخذ مفهوم « الفسـق » ، الذى يشمل فى عمـومه كل أنواع

---

(٥) قرب الاستاذ الدكتور محمود نجيب حسنى ، ونظـريته فى الفعـل الجنسى وهو الفعل المتصل ـ على نحو ما بالحياة الجنسية • شرح قـانون العقوبات القسم الخاص ( جرائم الاعتداء على الاشخاص ) ١٩٧٨ • ص ٣٣٢، ٣٣٣ • وفكرة الممارسة الجنسية كما هى معروضة فى المتن مستلهمة فىجوهرها من نظرية الاستاذ الدكتور محمود نجيب حسنى فى الفعل الجنسى •

العلاقات الجنسية والشهوانية charnelle التى يمكن أن تقع خارج نطاق الزواج ، على نحو صارت فيه كل خطيئة تشكل « جريمة » ، والتقت بالتالى مقتضيات الحفاظ على الاخلاق الفردية la moral indivirulle ومقتضيات التجريم عند معنى واحد ، هو الضرب على كل علاقة جنسية تقع فى غير اطار الزواج[٦] ، بعقوبة قاسية كانت تصل أحيانا الى حد الاعدام[٧] .

وقد كان هذا المفهوم مؤسسا على فكرة أن « الزواج مقدس » ، وأن كل علاقة فاسقة خارج اطاره ، مهما كانت تفاصيلها هى خروج على قدسية هذا الزواج وتشكل بالتالى خطيئة un péché ومن ثم جريمة . يستوى أن يكون هذا الخروج فى شكل خيانة زوجية ، أو زنا بالمحارم ، أو فعلا ضد الطبيعة ، أو اغتصاب ، فالجريمة تقوم بكل فعل جنسى اهتدى اليه خيال الفاسق .

هذا المفهوم الاخلاقى للعرض قائم بصورة واضحة فى بنيان الشريعة الاسلامية ، فبعد أن دعا الاسلام الى الزواج وحبب فيه باعتباره وحده المنهج الاسلامى فى تصريف الغريزة ، منع أى تصرف جنسى فى غير هذا الطريق ، كما حظر اثارة الغريزة بأية وسيلة من الوسائل ، وهكذا اعتبر « الزنا » جريمة وقدر لها حدا معلوما[٨] : فاذا لم يكن الفعل مشكلا

---

(٦) انظر فيتى المطول السابق الاشارة اليه ، ص ١٤٩٥ ـ الاستاذ الدكتور عبد المهيمن بكر . قانون العقوبات القسم الخاص ١٩٧٧ ص ٦٧٠ مشار اليه من بعد عبد المهيمن بكر .

(٧) جارو المطول سابق الاشارة اليه ، ص ٤٣٢ .

(٨) بل أنه فى الواقع حظر سائر مقدمات الزنا . . يقول الله سبحانه =

لزنا[٩] ، كان مقتضيا التعزير فى الاسلام مادام على امرأة ، فاذا كان الفعل « لواطا » كان فاحشة فى الاسلام[١٠] وحق عليه قول رسول الله ﷺ « من وجدتموه يعمـل على قوم لوط ، فأقتـلوا الفاعل والمفعول به »[١١] كما أجمع علماء المسلمين على تحريم اتيان البهيمة جريا وراء تحريمها لكل ما هو ضد الطبيعة • « من وقع على ذات محرم فاقتلوه ، ومن وقع على بهيمة فأقتلوه وأقتلوا البهيمة »[١٢] • وعلى تحريم مباشرة المرأة للمرأة وهو ما يسمى بالسحاق[١٣] •

---

=

وتعالى « ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة وساء سبيلا » • أى لا تفعلوا ما يقرب الى الزنا • • • كالملامسة والمعانقة والتقبيل •

ويلاحظ أن الزنا الموجب للحد فى الاسلام لا يتحقق الا بتغيب الحشفة ( رأس الذكر ) ـ أو قدرها من مقطوعها ـ فى فرج محرم ( بخلاف فرج الزوجة فهو حلال ) ، مشتهى بالطبع ( فتخرج فروج الحيوانات ) ، م نغير شبهة نكاح ( فلا حد فى الجماع الذى يحدث فى نكاح فيه شبهة ) ولو لم يكن معه انزال •

(٩) أى كان الاستمتاع بالمرأة فيما دون الفرج •

(١٠) عن رسول الله ﷺ « اذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان » •

(١١) رواه أبو داود والترمذى والنسائى ، وابن ماجه ، عن عكرمه عن بن عباس عن رسول الله ﷺ • وفى المسألة فى الفقه الاسلامى خلاف حول ثلاث : القائلين بالقتل مطلقا ، والقائلين بأن حده حد الزانى ، والقائلين بالتعزير •

(١٢) رواه بن ماجه عن بن عباس •

(١٣) فحكمه باتفاق العلماء باعتباره مباشرة دون ايلاج ، هو التعزيز دون الحد ، تماما كما لو باشر الرجل المرأة دون ايلاج فى الفرج ••• قال رسول الله ﷺ • لا ينظر الرجل الى عورة الرجل ، ولا المرأة الى عورة المرأة ، ولا يفضى الرجل الى الرجل فى ثوب واحد ، ولا تفضى المرأة الى المرأة فى الثوب الواحد » رواه أحمد ومسلم وأبو داود والترمذى •

بل أن فى الفقه الاسلامى خلاف حول تحريم استمناء الرجل بيده ، فقد حرمه مطلقا المالكية والشافعية والزيدية ـ وحرمه الاحناف اذا كان لاستجلاب الشهوة واثارتها وأوجبوه ـ جريا على قاعدة ارتكاب أخف الضررين ـ اذا خيف الوقوع فى الزنا بدونه •

وهكذا يمكننا أن نحدد ملامح المفهوم الاخلاقى للعرض فى عدة عناصر:

الاول : هو ارتباط المفهوم الاخلاقى للعرض ، بفكرة « الممارسة المشروعة للجنس » ، فكلما كانت تلك الممارسة مشروعة كان « العرض » من الناحية الاخلاقية مصانا ، أما اذا كانت تلك « الممارسة غير مشروعة » فان فكرة « التفريط فى العرض » تبدأ فى الظهور ومن هنا فان مفهوم العرض فى الاخلاق يتحدد « بالمحل » الذى تتحقق به أو ترد عليه الممارسة غير المشروعة للجنس .

الثانى : أن المفهوم الاخلاقى للعرض ، مفهوم « فردى » و « ليس اجتماعى » ، باعتبار أن العرض فكرة فردية ترتبط بالفرد لا بالمجتمع ، وبالتالى فان كان تصرف من شأنه جرح الحياء العام أو المساس بالاخلاق العامة لا تكون له علاقة بالعرض فى مفهومه الاخلاقى الا فى كونهما سويا ينحدران من أساس خلقى ، بعبارة أخرى اذا كانت « الاخلاق » تستوجب على الفرد أن يلاحظ فى ممارسته المشروعة للجنس مقتضيات الحشمة والحياء التى تتحقق باخفائها عن أعين الرقباء وآذانهم ، فان مخالفة الفرد لتلك المقتضيات لا يستمد عدم مشروعيته من كونه نوعا من التفريط فى العرض وانما من كونه نوعا من الاعتداء على الحياء العام . هناك اذن فارق ينبغى أن يكون واضحا بين الفعل الذى يشكل اتيانه تفريطا فى العرض والفعل الذى يشكل اتيانه اعتداء على الاخلاق العامة أو الحياء العام .

الثالث : أن المفهوم الاخلاقى للعرض ليس مفهوما نسائيا يربط العرض بالنساء ، بل هو مفهوم فردى يربط العرض بالفرد ذكرا كان أو أنثى ، ففكرة التفريط فى العرض تجد مجالا فى اللواط واتيان البهائم دون أن يكون فى الامر نساء .

الرابع : أن المفهوم الاخلاقى للعرض لا يشكل فحسب حقا لصاحبه فى مواجهة غيره وانما يشكل أيضا واجبا عليه فى مواجهة نفسه فهو أقرب الى « الحق الواجب » وهـو تكييف يسمح جملة بحمـاية العرض من اعتداء الغير عليه ومن تفريط صاحبه فيه ، ومن هنا فان المفهوم الاخلاقى للعرض ، يلغى دور الارادة فى التصرف فى العرض ، فاذا تم التصرف فى العرض رغم الارادة كان فى الامر اعتداء عليه وان تم بالارادة كان فى الامر تفريطا فيـه .

الخامس : أن المفهوم الاخـلاقى للعرض لا يعرف فكرة الجـانى والمجنى عليه الا فى حالة وقوع الاعتداء على العرض كرها[١٤] ، أو خطأ، أو على فاقـد للارادة أو التمييز ، أمـا ما دون ذلك — ولو بالتحيل — فكلاهما فى الاخلاق جان .

وعلى أساس ذلك كله يمكننا تعريف العرض فى المفهوم الاخـلاقى بطريقة عامة بأنه « صيانة الجسد عن كل ممارسة غير مشروعة للجنس » ويترتب على هذا النظر أن كل ممارسة غير مشروعة للجنس تقع عـلى الجسد من فرد أو على فـرد تشكل جريمة من جرائم الاعتـداء على العرض ، يكون فيها الفاعل والمفعول به جان الا من كان منهما مكرها أو مخطئا أو فاقد للتمييز .

---

(١٤) لم يخالف أحد من علماء المسلمين فى ذلك ... « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه» ... «رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ... وان اختلفوا فى وجوب الصداق لمن استكرهت على الزنا .

## ٤ ــ المفهوم الاجتماعى للعرض :

يرجع ظهور المفهوم الاجتماعى la conception sociale للعرض الى بداية الثورة الفرنسية وسيطرة النظرة العلمانية la licisation على مختلف المفاهيم الاجتماعية ، ومن ثم على التشريعات التى توفر لها الحماية ، وانفصلت بمقتضى تلك النظرة المضامين الاجتماعية لتقيم عن المضامين الدينية والاخلاقية لها ، وبالتالى لم يعد حتما أن يشكل الفعل الذى يعتبر خطيئة le péché فى نظر الدين أو عيبا Vice فى نظر الاخلاق عملا غير مشروع فى نظر القانون(١٥) • وكان هذا الانفصال فى خصوص « مفهوم العرض » مهولا • بدأ الناس يشعرون بالرغبة فى التخفف من قيود الاخلاق والدين ، وكانت فكرة الحرية الشخصية فى مطلع الثورة الفرنسية واحدة من المقدسات التى تلاقى ترحيبا فى كل توسعه فى مضمونها وبدأ المجتمع فى انكار حق السلطة العامة فى الاطلاع على التفاصيل الخاصة بالحياة الشخصية للفرد وفى مقدمتها ممارسة الجنس(١٦) ، وتضافرت فى النهاية تلك الاسباب جميعا فى ظهور « مفهوم اجتماعى » جديد للعرض يستمد أساسه من اعتبارات الحرية الشخصية والنفعية الاجتماعية دون كبير اعتداد بمقتضيات الدين أو الاخلاق • هذا المفهوم الجديد يبدو واضحا فى قول الوزير الايطالى Zanardelli أثناء تقديم مشروع قانون العقوبات ان علينا

---

(١٥) انظر جارو ، المطول السابق الاشارة اليه ص ٤٣٣ ــ وفيتى المطول سابق الاشارة اليه ص ١٤٩٨ •

(١٦) انظر الاستاذ الدكتور محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات القسم الخاص ، ١٩٧٧ ص ٣٢٨ مشار اليه من بعد نجيب حسنى • عبد المهيمن بكر ، المرجع السابق ص ٦٧١ •

حديثا عند تحديد السلوك المعاقب عليه فى تلك المسائل أن نلتزم بمفهوم اساسى مقتضــاه ، انه اذا كان من الضرورى ، من ناحيــة ، أن نجرم بقسوة افعال الانحراف التى تقع ضد « العائلة » فتصيبها بضرر واضح وشديد ، أو ضد « الحشمة أو الحياء العام » فان علينا أن نقف بعيدا عن منطقة الاخلاق الفردية la morale individuelle [١٧] • وقد كان لظهور هذا المفهوم الجديد أثره فى اندثار المفهوم الاخلاقى للعرض باعتباره مفهوما « فرديا » و « مطلقا » ، فقد صارت « صيانة الجســد عن كل ممارســة غير مشروعة للجنس » تمثل لكل فرد « حقا » يجــوز له أن يتصرف فيه دون أن يؤخذ عليه تفريطه فى صيانته وتقلص بالتالى معنى العرض عند حــد « حماية الجسد من كل ممارســة ارادية للجنس » ، وزال تماما الارتباط الذى كان قائما بين المشروعية والعرض[١٨] واصبح الاعتــداء على العرض مقصودا به الاعتــداء على الحرية الجنســية atteinte à la liberté sexuelle ، لا على العرض فى ذاته ومن ثم ظهرت فكرة الجانى والمجنى عليه فى جرائم العرض •

صحيح أن المفاهيم الاجتماعية ، لم تتنازل عن مقتضيات « الحشمة أو الحياء العام » التى توجب على الانسان أن «يخفى» ممارساته الجنسية عن أعــين الناس وآذانهم[١٩] ، وهو ما نســميه بالحياء الا أن هــذا

---

(١٧) مشار اليه فى جارو ، المطول سابق الاشارة اليه ، ص ٤٣١ هامش رقــم ٢ •

(١٨) هناك بالطبع « جريمة الزنا » اذا كان أحد اطراف العلاقة متزوجا ، لكن التجريم الذى يقف وراء هذه الجريمة لا عــلاقة له بالعــرض ، وانما تقف وراء تجريمها اعتبارات خرق عقد الزواج •

(١٩) واجب الحشمة أو الحياء العام ، لا يتطلب فقط مجرد التــــدثر بالحشمة والحياء عند ممارسة الجنس ، وان كان هذا هو الشق الرئيسى فيه• الا أن الوفاء به يقتضى كذلك مراعاة الحشمة والحياء فى « القول » •

الاستمساك لا شأن له من قريب أو بعيد بمفهـوم العرض ، وان كان مرده هو الآخر الى أساس خلقى • فالعدوان على الحيـاء العام شيء والعـدوان على العرض شيء آخـر ، الاول يتشكل من فعـل مخالف لمقتضيات الاخلاق العامة بينما يتشكل الثانى من فعل مخالف لمقتضيات الاخلاق الفردية •

**٥ — مفهوم العرض فى التشريعات الجنائية المعاصرة :**

رأينا كيف أن المفهوم الاخلاقى « للعرض » مفهوم فردى ومطلق يسعى الى تأمين العرض فى ذاته باعتباره صيانة للجسد من كل ممارسة جنسية غير مشروعة ، سواء من كل اعتداء يقع عليه من الغير أو من أى تفريط يقع عليه من صاحبـه ، بينما يستقيم « المفهوم الاجتمـاعى » للعرض — والذى ظهر فى أوروبا وتحكم فى بنيان تشريعها — على أنه فكرة اجتماعية ينبغى تأمينها من اعتـداء الغير عليها بغرض تأمين « الحرية الجنسية » لكل فرد ، فتقلص معنـاه عند حد حمايته من كل ممارسـة جنسية قسرية تقع على الفرد • وقد كان طبيعيا والحال كذلك أن ينحاز القانون الجنائى الى المفهوم الاجتماعى للعرض ، وأن ينخفض تدخله فى « مادة الاخلاق عموما » ( الفردية والعامة ) الى اضيق الحدود ، بل أن تدخله قد صار معلقا — كمبدأ عام — على توافـر « ظروف » تنبى عن وقوع اعتداء على العرض بمفهومه الاجتماعى ، أو وقوع « فضيحة » تمس الاخلاق العامة أو الحياء العام ، وقد اندفعت معظم دول أوروبا فى هـذا الاتجـاه[٢٠] ، ثم اندفعت وراءهـا معظم الدول الناقلة عن التشريعات اللاتينية ، ومنها التشريع المصرى •

---

(٢٠) اندفعت وراء تلك المفاهيم معظم دول أوربا على الاخص فرنسـا ⁝

فأما عن « الاخلاق العامة » التى تتطلب من الفرد أن يتدثر بالحياء والحشمة فى ممارساته الجنسية باخفائها عن أعين الرقباء وآذانهم والا كان مخلا بالحياء العــام ، فقد ظل المشرع الجنائى بشــأنها صارما ، باعتبار أن المفهوم الاجتماعى فيها واضح ، وقد سبق وأوضحنا كيف أنها وان كانت من الاخــلاق الا أنها لا تدخل فى مفهوم « العــرض » باعتباره مفهوما ينتمى على عكسها الى دائرة « الاخلاق الفردية » .

أما عن « الاخلاق الفردية » بما تفرضه من قيود على الممارســة الغريزية للجنس ، فقد تبنى المشرع الجنائى المعاصر فى شأنها المفهوم الاجتماعى وتنازل نهائيا عن المفهوم الاخلاقى فى معناه الدقيق ، ونحن نعلم أن بين هــذين المفهومين فارق دقيق وهام ، هــو « دور الارادة كمناط للمشروعية » . فبينما يلغى المفهوم الاخلاقى تماما دور الارادة فى صيانة العرض ونقائه عن كل أنواع الممارسة غير المشروعة للجنس ، فان المفهــوم الاجتماعى يعول على هــذه الارادة فى الكشف عن تلك المشروعية ، بمعنى آخر تكون الممارسة الجنسية من الناحية الاخلاقية غير مشروعة ما دامت فى غير حلال،سواء أكانت تلك الممارسة قسرية حيث تشكل بذلك اعتداء على العرض ، أم كانت على العكس ارادية حيث تشكل بذلك تفريطا فى صيانة العرض ، بينما تكون تلك الممارسة — فى حــلال

---

=

وايطاليا ، لكن تشريعات انجلترا والمانيا وان سارت فى نفس المبدأ الا أنهــا تشددت بشكل واضح بالنسبة للعلاقات الجنسية المخالفة للطبيعــة ، كتجريم الاتصال الجنسى بالحيوانات ، أو الشــذوذ الجنسى بين الرجــال ، والاتصال الجنسى بالمحارم . . . لكن هذا التشدد لا يجعلنا نعتقد بأنها تتبنى المفهوم الاخــــلاقى للعــرض ، اذ أنها لم تغط بحمايتها كافة مجالات العرض بالمفهوم الاخلاقى . انظر فيتى ، المطول سابق الاشارة اليه ص ١٤٩٩ .

أو فى غير حلال — من الوجهة الاجتماعية مشروعة ما دامت ارادية ، أما اذا تمت رغم الارادة أو بدونهـا فانها تكون غير مشروعـة لما فيها من عدوان على الحرية الجنسية لمن وقع عليه الفعل .

وهكذا تبنى المشرع الجنائى المعاصر عقيدة مقتضاها أن « نقـاء العرض وصيانته » حق فردى قابل للتصرف ، فألقى من حمـايته جانبا — من حيث المبدأ — سائر الممارسـات الجنسية الارادية ، وأعتبرهـا منطقة لا يجوز له أن يتدخل فيها باعتبارها احدى مناطق الحرية والتى يطلق عليها الحرية الجنسـية la liberté sexuelle فما دامت تلك الممارسة رضائية[21] فهى — فى حد ذاتها —[22] ممارسة مشروعة مـن وجهة نظر القانون الجنائى ، مهما كانت درجة انحطاط تلك الممارسـة خلقيا ، فلا جريمة فى كل ممارسة جنسية ، مهما بلغت ، اذا تمت رضائية بين رجل وأمرأة ( الا من كان فيهما متزوجا )[23] ولو كانت ذى رحـم محرم منـه l'inceste ، ومهما شاعت ودامت الى درجة اندماجهما فى معيشة واحدة concubinage أو بين رجلين hommesexuelle ، أو بين امـرأتين sodomia ratione sexus ، أو بين رجـل وبهيمـة

---

(٢١) وللرضا مفهوم متميز فى صدد جرائم العرض ، اذ يلزم أن يكـون من جهة صادرا عن ارادة حرة ، وأن يكون صادرا من شخص أهلا لهذا الرضا كما سنرى فى حينه .

(٢٢) فالممارسة ذاتها لا تدخل فى دائرة التجريم ، اللهم الا اذا شكلت هذه الممارسة جرحا للحياء العام فان تجريمها تحت وصف الافعل الفاضحـة العلنية يكون مستندا الى اعتبارات أخرى ليس منها العرض .

(٢٣) استثنت القوانين الجنائية المعاصرة من دائرة الافعال الجنسـيه التى تلعب الارادة الدور الرئيسى فى مشروعيتها الممارسة الجنسية الرضائية من كل شخص تربطه باخر علاقة زوجية ، لما فى تلك الممارسة الرضائية من انتهاك لعقد الزواج . وهو كما سنرى موضوع آخر .

la bastialité ، أو امرأة وحصان • لكن المشرع الجنـــائى المعاصر لا ينشط للتدخل للزود عن « الاخلاق الفردية » من الممارسات غير المشروعة للجنس الا اذا تمت اغتصابا برغم الارادة أو بدون الارادة المعتبرة قانونا كما لوقعت تلك الممارسة بالاكراه أو بالتحيل ، على أنثى أو على شخص لا يملك قانونا أهلية الرضا • وهو ما يشكل فى القـــانون على التوالى جريمتى اغتصاب الانثى le viol وهتك العرض l'atteinte (٢٤)•

صحيح أن المشرع الجنائى المعاصر قد أضاف الى هاتين الجريمتين ثلاثة طوائف من الجرائم التى تشتبه بالجرائم التى قررها لحماية العرض أو للزود عن الاخلاق الفردية ، لكن الواقع أن « المصلحة المحمية » فـــى تلك الطوائف بكل جرائمها لا علاقة لها بالعرض أو بالاخلاق الفردية من قريب أو بعيد ، وهذه تشمل مجموعة الجرائم المخصصة اما « لحمـــاية العائلة » أو « الحشمة والحياء العام » واما « حماية النظام العام للدولة من بعض الانشطة الجنسية الخطرة » كما سنرى فى حينه •

**٦ ـــ تقســـــيم :**

هذا وسوف تجرى خطتنا فى دراسة الحماية الجنائية للعرض على أساس تحديد محل تلك الحماية فى القانون من زاويتين ، الاولى تحديد النطاق الذى تتحقق فيه تلك الحماية ، بما يستوجبه من استبعاد اشكال الحماية الجنائية المقررة فى التشريع المصرى لمصالح اخرى فى المجتمع • والثانية هو تحديد مضمون ذلك المحل عن طريق بيان الخصائص التى يتميز بها التصرف الجرمى المتضمن عدوانا على العرض فى القانون •

---

(٢٤) اصبح للامور فى فرنسا وجه آخر بعد تعديل تلك النصـــــوص بتشريع ٢٣ ديسمبر ١٩٨٠ وسوف يكون ذلك محلا لدراستنا •

وسوف نرصد لدراسة ذلك المحل من زاويتيه الباب الاول من هـذا البحث •

أما الباب الثانى فسوف نخصصه لدراسة اشكال الحماية المقررة فى القانون للعرض سواء من جانبها المادى أو المعنوى ، أو من زاوية المسئولية الجنائية المقررة عليهـا •

# الباب الأول

## محل الحمـــاية الجنائية للعرض

### ٧ ــ وضــع المشــكلة :

وراء كل جريمة يقررها القانون « حقا » أو « مصلحة » يستهدف بتقرير الجريمة حمايتها ، عن طريق انشاء الجريمة فى كل سلوك ينطوى على اهدار لذلك الحق أو تلك المصلحة أو يعرضها لخطر هذا الاهدار • وتحديد هذا الحق أو تلك المصلحة يعتبر بحق المعيار الوحيد الذى يقود المشرع عند تقريره لصور السلوك التى تعد عدوانا عليها ، ويقود الفقيه عند تفسيره لمدلول السلوك المجرم نطاقا ومضمونا ، ويقود القاضى عند تطبيقه للقواعد الجنائية التى أقرها المشرع •

وتأسيسا على ذلك فان تحــديد الحق أو المصلحة محل الحمــاية الجنائية ، يصبح أمرا ضروريا لفهم وتحديد مضامين الجرائم التى قررها القانون المصرى فى الباب الرابع من الكتاب الثالث فى المواد ٢٦٧ الى ٢٧٩ من قانون العقوبات ، وفى القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦١ الصادر بقرار رئيس الجمهورية بقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦١ فى شأن مكافحة الدعارة• صحيح أن دراستنا محــددة بالجرائم المخصصة فى القانون لحمــاية العرض ، الا أن الواقع أن تحديد الاطار الدقيق لتلك الحماية لا يتأتى الا بتخليص الحماية المخصصة للعرض مما ليس منها أولا ، ثم تحــديد

مضمونها ثانيا ، سواء على ضوء « الحق أو المصلحة » التى تخير المشرع المصرى حمايتها ، أم على ضوء الحق أو المصلحة التى كان ينبغى عليـــه أن يحميهـــا .

وسوف نخصص هذا الباب لدراسة « محل » تلك الحماية ، فندرس نطاق الحماية الجنائية المقررة للعرض فى القانون الجنائى فى فصل أول، ثم ندرس مضمون تلك الحماية فى فصل ثان .

# الفصل الأول

## نطاق الحمـــاية الجنائيـــة للعرض

**٨ ــ تمهيـــــد :**

بينا فيمـــا سبق كيف أن العرض فكرة تنتمى الى دائرة الاخــــلاق الفردية لا الاخلاق العامة[1] ، وأنها تتطلب ــ منظورا اليها بمنظـــار أخلاقى ــ من كل فرد « صيانة جســـده عن كل ممارسة غير مشروعـــة للجنس » يستوى أن تكون تلك الممارسة ارادية ، لما فى ذلك من تفريط لا أخلاقى من جانب الفرد فى صيانة عرضـــه ، أو أن تكون تلك الممارســـة بدون الارادة المعتبرة قانونا أو برغمها ، لما فى ذلك من اعتداء لا أخلاقى على العرض • بينما نجد أن فكرة العرض اجتماعيا قد وقفت عند حد « الحق » الممنوح لكل فرد فى « حماية جسده من كل ممارسة جنســـية تقع عليه دون الارادة المعتبرة قانونا أو برغمها » ، لما فى ذلك من اعتداء على « الحرية الجنسية » لكل فرد •

أما « الاخلاق العامة » فمتطلباتها فى مادة الجنس تنحصر فى مجرد « ضرورة اخفاء كل ممارسة جنسية عن أعين المجتمع وأذانه » حمــاية

---

(١) هذا التقرير لا يعنى أن العرض لا يدخل فى دائرة اهتمام الاخــلاق العامة ، لكنه يعنى أن العرض فكرة فردية تتعلق بالفرد لا بالمجتمع ، الالتزام بحمايته وصيانته يلقى على عاتق الافراد ، ومن هذا السبيل تتحقق فى النهاية فكرة نقاء العرض اجتماعيا •

لمقتضيات « الحشمة والحيـــاء العام » • بصرف النظـــر عن كون تلك الممارسة فى ذاتها مشروعة أو غير مشروعة ، وهو أمر من شأنه أن يجعل مقتضيات حماية الاخلاق العامة مختلفة عن مقتضيات حماية العرض[٢]، بل أن هناك فوق ذلك مصالح أخرى فى المجتمع اقتضت حمايتها تقـــرير الجرائم فى بعض الممارســـات الجنسية « الموصوفة » ، على نحـــو قد يشتبه ــ فى ظاهرة ــ بمجموعة الجرائم المخصصـــة لحماية العرض ، على ما بينها من فوارق هامة • ومن بين هذه المصالح « حماية الاسرة »، و « حماية المجتمع من بعض الانشطة الخطرة » على أمنه ونظامه العام هذا فضلا عن حماية « الحشمة والحياء العام » • وفى هـــذا ما يفرض التعرض لهذه المجموعـــة من الجرائم فضا لاى اختـــلاط قد يلتبس فى الذهن ، وتحديدا فى النهاية للنطاق الحقيقى الذى تدخـــل فيه المشرع لحماية العرض •

## المبحـــث الأول

## الجرائم المخصصة لحماية الاسرة

### ٩ ــ جـــرائم الزنـــا :

من بين الممارســـات الجنسية غير المشروعـــة التى جرمها المشرع « جريمة الزنا » ( الواقعة من الزوجة والمقررة بالمادة ٢٧٤ عقوبات[٣] ،

---

(٢) واجب الحشمة أو الحياء العام له فوق ذلك متطلبات أخرى منهـــا مراعاة الحشمة فى القول العلنى أو العام •

(٣) تنص المادة ٢٧٤ عقوبات على أن « المرأة المتزوجة التى ثبت زناها يحكم عليها بالحبس مدة لا تزيد على سنتين •

أو الواقعـــة من الزوج والمقررة بالمادة ٢٧٧ عقـــوبات )[٤] وجوهرها ، حصول الوطء مع شخص متزوج ــ رجلا كان أو امــرأة ــ على أو من غير زوجه حال قيام رابطة الزوجية • وهى بهذا المعنى من الممارسات الجنسية غير المشروعة والتى تتميــز ، باتخاذ الممارسة الجنســية غير المشروعة فيها صورة الوطء ، والواقع من زوج أو على زوج حالة كونه مرتبطا مع آخر برابطة زوجية قائمة فعلا أو حكما[٥] •

ولا ينازع فى الفقه أحد ، فى أن جريمـــة الزنا فى القانون المصرى ليست من بين الجرائم المخصصة لحماية العرض ، وانما هى بالاجماع من الجرائم المخصصة « لحماية الاسرة من اسباب الانهيار » باعتبارها الخلية الاساسية فى بناء المجتمع ، اذ هى لا تستهدف « صيانة الجسد من كل ممارسة غير مشروعة للجنس » ، وانما فقط حماية حق كل من يرتبط برابطة الزوجية فى عدم اخلال زوجة ببنود عقد الزواج حفاظا على الاسرة من اسباب الانهيار[٦] • يعزز هــذا الاستنتاج ويقويه أن

---

(٤) تنص المادة ٢٧٧ عقوبات على أن « كل زوج زنى فى منزل الزوجية وثبت عليه هذا الامر بدعوى الزوجة يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ســتة شــــهور •

(٥) يلاحظ أيضا أن جريمة الزنا فى المعنى الاصطلاحى تفترض الرضــا بالوطء دائما ، فان وقع بالاكراه أو بالتحيل فليس زنا فى القانون • ويلاحظ كذلك أن للزنا عند الشرعيين مفهوما أوسع من المفهوم الاصطلاحى لجريمة الزنا انظر استاذنا الدكتور عوض محمد عوض « الجانى والمجنى عليه فى جريمـة المواقعة دراسة مقارنة للتشريعين المصرى والليبى • ص ٣ هـ ١ • مشار اليــه من بعد عوض محمد ــ بحث المواقعة •

وأنظر فى أركان الجريمة • محمود نجيب حسنى ، سابق الاشارة اليه • ص ٤٥٦ وما بعدها ــ عن المهيمن بكر ص ٧٢١ وما بعدها •

(٦) أنظر تعبيرا عن ذلك الاجماع لدى محمود نجيب حسنى ، المرجـــع

=

جريمة الزنا فى مفهومها القانونى تفترض الرضا بالوطء دائما ، وهو ما يحول دون ادخالها فى طائفة الجرائم التى تتضمن عدوانا على العرض فى مفهــومه الاجتماعى والذى يفترض وقوع الممارســة دون الارادة المعتبرة قانونا أو برغمهــا .

هذا التفسير هو نفسه التفسير الذى كان يتبناه الفقــه فى فرنسا ، قبل أن يتدخل المشرع الفرنسى فى ١١ يوليه ١٩٧٥(٧) ، ويلغى الجريمة فى فعل الزنا الواقع سواء من الزوج أو الزوجة ، ويقصر الآثار القانونية المترتبة على الزنا على القواعد المتعلقة بالطلاق أو الانفصال الجسمانى. اذ كان الفقه الفرنسى يجمع على اعتبار الزنا من الجرائم الموجهة ضد العــائلة(٨) .

---

=

السابق ، ص ٤٥٦ ، ٤٥٧ ، وعبد المهيمن بكر المرجع السابق ، ص ٧٢٢ ، ٧٢٣ · وأنظر فى القضاء نقض ١٩/٥/١٩٤١ الطعن رقم ٦٩٧ · مجموعـة القواعد فى ٢٥ عاما ، ص ٧١٦ « جريمة الزنا تمس المجتمع لما فيها من اخلال بواجبات الزوج الذى هو قوام الاسرة والنظام الذى تعيش فيه الجماعة » ·

(٧) تشريع رقم ٦١٧ ـ ٧٥ فى ١١ يوليه ١٩٧٥ دخل فى النفاذ اعتبارا من ١/١/١٩٧٦ · وقد استلهم هذا التشريع احكامه من توصيات المؤتمـــر الدولى لقانون العقوبات المنعقد فى لاهاى سنة ١٩٥٤ وهو تبنى كامل لوجة نظر القانون الانجليزى فى هذا الصدد · أنظر فيتى المطول السابق الاشـــارة اليه ، ص ١٦٦٤ ·

(٨) انظر فى جريمة الزنا التى كانت مقررة فى القانون الفرنسى فــى المواد ٣٣٦ الى ٣٣٩ من قانون العقوبات

E. Garçon. code pénal annoté. T. I. 1901 - 1906 art. 336 à 339 p. 893 et s.

مشار اليه من بعد : جارسون

Robert vouin, droit pénal spécial. 2. éd. 1968 p. 295 et s.

مشار اليه من بعد : فــوان

=

المفهوم القانونى لجريمة الزنا فى القــانون المصرى والفرنسى ، لا يدخلها اذن فى طائفة الجرائم المخصصة لحماية العرض •

## المبحث الثانى

## الجرائم المخصصة لحماية الحشمة أو الحياء العام

**١٠ ـــ تمهيــد وتعــريف :**

تناول المشرع المصرى بالتجريم بعض الممارســات الجنسية التى تتخذ شكل « الفعل الفاضح العلنى » المقررة بالمواد ٢٧٨ ، ٢٧٩ عقوبات أو شكل « **التعرض للاناث بحالة تخدش** الحياء » المقررة بالمادة ٣٠٦ مكررا عقوبات أو « تحريض المارة على الفسق باشارات أو أقــوال » المقررة بالمادة ٢٦٩ مكرر عقوبات • أو «جرائم الاخلال بالآداب العامة» المقررة بالمادة ١٧٨ مكررا عقوبات •

والواقع أننا نجد من الملائم قبل التعرض لهذه الجرائم وعلاقتهـا بجرائم العرض أن نوجز المقصود « بالحشمة والحياء العام » •

فالواقع أن مصلحة المجتمع فى « صيانة الحشمة العامة أو الحيــاء العام » ، تتطلب أن يخفى الافراد سائر صنوف الممارســات الجنسية المشروعة أو غير المشروعة ، عن أعين الرقباء وآذانهم ، وفاء لما تفرضه عليه الاخــلاق العامة la moralité publique من واجب التــدثر

---

=

وأنظر لامبير المطول سابق الاشارة اليه ، ص ٧٣٥ وما بعدها ـ وأنظر فيتى ، المطول السابق الموضع السابق •

بالحشمة والحياء • وواضح أن واجب الحشمة أو الحياء العام وان كان من الاخلاق الا أنه ليس من العرض فى شىء ، فحتى الممارسات الجنسية المشروعة من الناحية الخلقية والاجتماعيـــة والقانونية تشكل اعتـــداء ومساسا بواجب الحشمة والحياء العام لو مورست علنا ، وعلى العكس فان الممارسات الجنسية غير المشروعة من هذه الاوجه الثلاثة لا تشـــكل أى اعتداء على واجب الحشمة أو الحياء العام طالما لم تباشر علنا أو فى حضرة أحد • ويرجع ذلك كله الى ما سبق لنا أن حددناه من أن العرض مسألة تتعلق بالاخلاق الفردية بينما يتعلق الحياء العام بالاخلاق العامة• والفارق بين الاثنين كبير •

هذا هو الواجب الاســـاسى أو الرئيسى الذى تتطلبـــه مقتضيات « صيانة الحشمة العامة والحياء العام » اخفاء سائر صنوف الممارسات الجنسية المشروعة منها وغير المشروعة ليس فقط عن « أعين » المجتمع وانما كذلك عن « اذانه » وهو ما يفرض الى جوار تجريم « الافعال » تجريم بعض « الاقوال » التى يكون من شأنها خدش الحيـــاء العام • و « القول » لا يمكن أن يتوفر له — فيما نعتقد — هذا الوصف الا اذا كان منطويا فى ذاته أو فى الظـــروف التى اتخذ فيها على ايمـــاءات أو ايحاءات جنسية ، منعكسة على فكرة « الممارسة الجنسية » كما عرفناها، رمزا أو تعبيرا أو وصفا أو نداء أو تحريضا •

وسوف نحاول فى عجالة دراسة جوهر الجرائم التى قررها القانون المصرى « لحماية الحياء العام » ، بهدف فض الاختلاط الذى يمـــكن أن يحدث بينها وبين الجرائم المخصصة لحماية العرض •

## ١١ ـ ( أ ) جريمـة التعرض لانثى على وجـه يخدش حيـاءها : « بالفعل » أو « القول » :

تقررت هذه الجريمـة بالمادة ٣٠٦ مكررا عقوبات[٩] ، وجوهرهـا عقـاب كل من يتعرض لانثى بالقول أو بالفعـل فى طريق عام أو مكان مطروق على وجه يخدش حياءها • وقد يبدو أن الصلة بين تجريم هذه الصورة وبين مقتضيات حماية الحشمة العامة أو الحيـاء العام بعيدة ، لاسيما وأن هذه الجريمـة تقوم « بالقول » الذى يتعرض به شخص لانثى على وجه يخدش حياءها على نحو يجعل هذه الجريمة أدنى الى أن تكون من جرائم الشرف والاعتبار[١٠] • ولذلك وضعها المشرع فى باب الجرائم المخصصة للسب والقذف وافشاء الاسرار • والواقع مـن الامر أن حرص المشرع على قيام هذه الجريمـة « بالقول » الى جوار الفعلهو محض انفعال محل نظر ، لانه من الصعب أن يفلت « القول الخادش لحياء الانثى » من المفهوم القانونى لجريمة السبب على نحو

---

(٩) معدلة بالقانون ٢٩ لسنة ١٩٨٢ والفقرة الاولى منها معدلة بالقرار بقانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٨١ ونصها «يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على شهـر كل من تعرض لانثى على وجه يخدش حياءها بالقول أو بالفعل فى طريق عام أو مكان مطروق • • • فاذا عاد الجانى الى ارتكاب جريمة من نفس نـوع الجريمة المنصوص عليها فى الفقرة السابقة مرة اخرى فى خلال سنة من تاريخ الحكم عليه فى الجريمة الاولى تكون العقوبة الحبس لمدة لا تزيد على سـتة أشهر وبغرامة لا تزيد على خمسين جنيها • •

وتجد هذه الجريمة سندها فيما قررته المذكرة الايضاحية للقـانون من أن «دأب بعض فاسدى الخلق على معاكسة الفتيات والسيدات وغيرهن فى الطريق والامكنة العامة حتى أصبحت هذه المعاكسة عادة ولونا من ألوان التسلية لهم • وترجع هذه الظاهرة الى التحلل من معايير الاخلاق •

(١٠) انظر الدكتور نجيب حسنى ، المرجع السابق ، ص ٤٢١ ، وهو ما نؤيده فقط حين تقع الجريمة «بالقول» •

يفقد فيه هذا الحرص أهميته خصوصا اذا علمنا أن عقوبة السب هـى الاشد ، أما حين تقع هذه الجريمة « بالفعل » الخـادش لحياء الانثى فان الجريمة تصبح ادنى لان تدخل فى طائفة الجرائم المخصصة لحماية حياء الطرق العامة والاماكن المطروقة ، ويكون تقريرها من جانب المشرع قد جاء احتياطا لمواجهة بعض صور الاخلال بالحياء العام التى لا تدخل فى مفهوم الفعل الفاضح العلنى ، وذلك بسبب وقوعها بفعل لم تتوحـد اجتماعيا دلالته الفاضحة وان كان كذلك فى واقعة الحـال ، كالشخص الذى يوقف سيارته بمحاذاة امرأة تسير فى الطريق العام ويدعوها بفتح باب سيارته للركوب معه[11] • أو يسير وراء فتاة لتوصيلها الى عملها أو منزلها كظلهـا •

وأيا ما كان الامر فان هذه الجريمة تفترض تعرض رجل لامرأة فى طريق عام أو مكان مطروق • هذا التعرض لا يتحقق قانونا الا اذا كان الرجل قد « أقحم نفسه على مسـار انثى »، فاذا كانت تلك الانثـى تصاحبه سيرا أو جلوسا فلا تقوم هـذه الجريمة فى حقه مهما خـدش حياءها بقول أو بفعل ، وان جاز أن تقوم فى حقه اركان جريمة أخرى لانعدام التعرض ، كما يلزم أن يكون هذا التعرض قد تحقق فى طريق عام أو فى مكان مطروق[12] • كما يلزم — وهذا هو الاهم — أن يقـع

---

(١١) انظر الاستاذ الدكتور محمود محمود مصطفى شرح قانون العقوبات القسم الخاص ١٩٧٥ ، ص ٢٣٦ •

(١٢) يدخـل فى الطـرق العـامة كل مكان يبـاح للجمهور المرور فيه دون قيد فى أى وقت سواء أكان هذا المكان فى المدينة أو القرية داخل كردونها أو خارجه أما الاماكن المطروقة فيقصد بها كل مكان يوجد فيه جمهور أو يتوقع وجود جمهور فيه •

هذا التعرض على وجه يخدش حياء المرأة بقول أو بفعل ، والحيـــاء لا يخدش الا اذا كان فى الفعل أو فى القول ايحاء جنسى أو ايماءة جنسية ، منعكسة بطريقة أو بأخرى على فكرة الممارسة الجنسية بمعناها الواسع. فاذا خلى الفعل أو القول من تلك الدلالة ، فلا تقـــوم به فى نظرنا تلك الجريمة كمن يتعرض لفتاة تسير فى الطريق العام لتنبيهها لسقوط شىء منهـــا[13] .

هذا ويلاحظ أن التعرض الواقع « بالفعل » قد يشكل اركان جريمة أخرى « كالفعل الفاضح » اذا بلغ حدا من الجسامة ، كما أنه غالبا — ان لم يكن دائما — يشكل جريمة من الجرائم الماسة بالاعتبار حينما يقـــع التعرض « بالقول » ، وهنا يلزم اعمال حكم المادة ٣٢ عقوبات والحكم على الفاعل بالعقوبة المقررة للجريمة الاشـــد[14] .

وهذه الجريمة لا تقوم الا فى صورتها العمدية .

---

(١٣) والمعيار هنا معيار موضوعى لا شخصى كما قضت بعض المحـــاكم ( محكمة الازبكية الجزئية جلسة ١٩٥٩/٦/١٣ رقم ٢٨٢ لسنة ١٩٥٩ مخالفات الازبكية ) .. والمقصود به فقط أن الفعل وان لم تتوحد دلالته الاجتماعيـــة على خدش الحياء ، الا أنه فى الظروف التى اتخذ فيها كان كذلك أنظر فـــى هذه الجريمة الدكتور ادوار غالى الدهبى . شرح قانون العقوبات القســـم الخاص ١٩٧٦ . ص ٢٧٠ وما بعدها وقد ضرب عليها عدة أمثلة .

- ان يقتـــرب شخص من فتاة ويلقى عليهـــا بعض عبارات المـــدح والاستحسان أو يدعوها الى نزهة أو يلقى عليها بعض عبارات الاستحسان .
- ان يقترب شخص من أنثى ويوجه اليها بعض اشارات الترحيب .
- ومن صور القول التى قضيت فيها المحاكم قول المتهم «ما تيجى معايا»، أو «حاجة تسطل والنبى» .. أو يفزعها بقوله «أوعى يا ...» .

(١٤) نقض ١٩٧٠/٢٨/ احـــكام النقـــض س ٢١ ق ٢٣٨ — نقـــض ١٩٦٢/٢/٢٦ احكام النقض س ١٣ ص ٤٧ .

## ١٢ ـ ( ب ) جريمة تحريض المارة على الفسق «باشارات» أو «أقوال»

تقررت هذه الجريمة بالمادة ٢٦٩ مكررا عقوبات[(١٥)] ، وجوهر هـذه الجريمة هو « تحريض المارة ـ ذكورا أو اناثا ـ فى الطرق العامة » أو فى أى مكان مطروق على الفسق « باشارات » أو « أقوال » • ووجة العلاقة بين هذه الجريمة وبين مقتضيات الحشمة أو الحياء العام واضح، اذ تهدف هذه الجريمة الى الضرب على كل اشارة أو قول ينطوى على ايماءات جنسية منعكسة على الممارسة الجنسية بمعناها الواسع ، لان من شأن ذلك ـ حين يقع فى طريق عام أو مكان مطـروق ـ أن يخدش حياء العين بما تراه من اشارات أو حياء الاذن بما تسمعه من أقوال • فهى اذن من الجرائم المخصصة لحماية حياء الطرق العـامة والاماكن المطروقة • وهى كذلك من الجـرائم الاحتياطية التى قررت لمواجهـة الاشارات التى لا تصل فى جسامتها الى درجة الفعل المخل بالحيـاء ، وكذلك الاقوال التى لا تدخل فى مفهوم خدش الاعتبـار ، فان وصلت الاشارة أو القول الى الحدود المذكورة كانت العقوبة المقـررة للوصف الآخر هى الواجبة التطبيق باعتبارها المقررة للجريمة الاشد •

وأيا ما كان الامر فان هذه الجريمة تفترض فى القول أو الاشـارة

---

(١٥) ونصها يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على شهر كل من وجد فى طريق عام أو مكان مطروق يحرض المارة على الفسق باشارات أو أقوال فاذا عـاد الجانى الى ارتكاب هذه الجريمة خلال سنة من تاريخ الحكم عليه فى الجريمة الاولى فتكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر وغرامة لا تجـاوز خمسين جنيها ويستتبع الحكم بالادانة وضع المحكوم عليه تحت مراقبة الشرطة مدة مساوية لمدة العقوبة •

( مضافة بالقانون رقم ٥٦٨ لسنة ١٩٥٥ ومعدلة بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ ) •

الموجهة من شخص — ذكرا كان أم أنثى — الى أحد المارة — ذكرا كان أم أنثى — مضمونا ودلالة بذاتها هـى « التحريض على الفسـق » والتحريض المقصود هنا لا يعنى أكثر من « الدعوة » اليه ، بأى قول أو اشارة تفيده ، بصرف النظر عن تأثير تلك الدعوة على المار ، اذ تقـوم الجريمة بمجرد صدور الاشارة أو القول ، ولو لم يتنبه اليها أحد ، أو تنبه اليها ولم يلتفت ، كالقواد الذى يقف على قارعة طريق ويوجه الى أحد المارة عبارة « عندنا حاجة حلوة عشانك » • أو العاهرة التى تشير للسيارات العابرة بما يفيد رغبتها فى المصاحبة هذا ولا يقصد بالفسـق الذى يلزم أن تدل الاشارة أو القول للدعوة اليه ، أكثر من « ممارسـة الجنس بأى درجة من درجاته » ، سواء صدرت تلك الدعوة من قواد أو عاهرة أو شخص عادى يأمل فى ممارسة الجنس مع أحد المارة[١٦] • أو يأمل فى تقديم مثل تلك الخدمة اليه • هـذا وقد قضت محكمة النقض بتوافر الجريمة فى قول المتهمـة لاحد المارة « الليلة دى لطيفـة تعالى نمضيها سوى »[١٧] •

وهـذه الجريمة عمـدية يلزم لقيامها توافـر علم الجـانى بمـا ينطوى عليه سلوكه الارادى ( القول أو الاشارة ) من دعوة الى الفسق•

---

(١٦) مع ملاحظة أن التحريض على الفسـق شىء والتحريض عـلى ممارسة الدعارة أو الفجور شىء آخر •

(١٧) انظر طعن رقم ٢١١٦ • نقض ١٩٥٤/٧/١ القواعد القانونية فى ٢٥ عاما ، الجزء الثانى ص ٥٧٦ بند ١١ وقضاء المحكمة بانطباق المـادة ٣/٣٨٥ على الواقعة وهى المادة المقابلة للمادة ٢٦٩ مكررا عقوبات حاليا •

## ١٣ ـ (جـ) جرائم الاخلال بالآداب العامة :

وقد تقررت هذه الجريمة بالفقرتين الثانية والثالثة من المادة ١٧٨ عقوبات[١٨] ، وقد جاءت أحكام هذه المادة بمجموعة من الجرائم جوهرها الاخلال بالآداب العامة ومحلها المادى يأخذ صورة من اثنتين : « كتابة أو رسم » أيا ما كان شكلها وأيا ما كانت طريقتها مخطوطة أو مطبوعة ، أو محفورة أو مرسومة أو مصورة ، وكل « قول جهرى » على شكل غناء أو خطبة أو صياح ، بشرط أن « يكون منافيا للآداب » ، وهو ما قالت عنه محكمة النقض المصرية ، أنه « يرادف الحياء العام ويشمل بدون شك كل ما من شأنه حفظ كرامة الشعب والمساعدة على حسن سلوكه ورقى اخلاقه »[١٩] ولا شك فى سلامة هذا القضاء من زاوية دخول « الحياء العام » فى مدلول « الآداب العامة » على الدوام باعتباره معنى مخصصا من معانى الآداب العامة •

---

(١٨) تنص المادة ٢/١٧٨ ، ٣ ع ٠٠٠ ويعاقب بنفس العقوبة ٠٠" وكل من أعلن عن (مطبوعات أو مخطوطات أو رسومات أو اعلانات أو صورا محفورة أو منقوشة أو رسوما يدوية أو فوتوغرافية أو اشارات رمزية أو غير ذلك من الاشياء أو صور عامة اذا كانت منافية للاداب ) و عرضة على أنظار الجمهور أو باعة أو أجره أو عرضة مباشرة و غير مباشرة للبيع أو الاتجار ولو فى غير علانية ، وكل من قدمه علانية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة ولو بالمجان وفى أى صورة من الصور وكل من وزعه أو سلمه للتوزيع بأية وسيلة وكذلك من قدمه سرا ولو بالمجان بقصد افساد الاخلاق ٠

كل من جهر علانية بأغان أو صدر عنه كذلك صياح أو خطب مخالفة للاداب وكل من أغرى علانية على الفجور أو نشر اعلانات أو رسائل عن ذلك أيا كانت صورتها ٠

(٢٠) نقض ١٩١٠/٦/١١ المجموعة الرسمية ص ٢٨٨ ٠

وأيا ما كان الامر فان ما يعنينا هو بيان الجرائم التى تدخل فى طائفة الجرائم المخصصة لحماية الحياء العام وهى ثلاثة :

١ ـ جريمة « عرض » أو « اذاعة » شيئا من ذلك على أنظار الجمهور بأية طريقة من الطرق • ( من بين جرائم المادة ٢/١٧٨ ع ) •

٢ ـ جريمة « الجهر » علانية بأية وسيلة من الوسائل « بصياح » أو « أغنية » أو « خطبة » ( من بين جرائم المادة ٣/١٧٨ ع ) •

٣ ـ جريمة « الاغراء » علنا على الفجور بالقول أو بالكتابة أو الرسم أيا ما كانت صورته ( مفهوم المادة ٣/١٧٨ ع ) •

فاذا وقعت أى جريمة مما ذكر بطريق النشر فى الصحف يكون رؤساء التحرير والناشرون مسئولين كفاعلين أصليين بمجرد النشر[٢٠] •

وقد تعرضت محكمة النقض المصرية فى أحد أحكامها لتطبيق أحكام تلك المادة ، ووضعت فيها النقط فوق الحروف حول المصلحة المحمية بهذه الجرائم والتى تدور عليها أحكام التجريم فقضت « بأن الكتب التى تحوى روايات لكيفية اجتماع الجنسين وما يحدثه ذلك من اللذة كالاقاصيص الموضوعة لبيان ما تفعله العاهرات فى التفريط فى اعراضهن وكيف يعرض سلعهن وكيف يتلذذن بالرجال ويتلذذ الرجال بهن • • •

---

(٢٠) هذا ما قررته المادة ١٧٨ ع وأضافت وفى جميع الاحوال التى لا يمكن فيها معرفة مرتكب الجريمة يعاقب بصفتهم فاعلين أصليين الطابعون والعارضون والموزعون • ويجوز معاقبة المستوردين والمصدرين بصفتهم فاعلين اصليين اذا ساهموا عمدا فى ارتكاب الجنح المنصوص عليها فى المادة السابقة متى وقعت بطريق الصحافة •

هذه الكتب يعتبر نشرها انتهاكا لحرمة الآداب وحسن الاخلاق لما فيه من الاغراء بالعهر خروجا على عاطفة الحياء وهدمها لقواعد الآداب العامة المصطلح عليها والتى تقضى بأن اجتماع الجنسين يجب أن يكون سريا وأن تكتم اخباره ولا يجدى فى هذا الصدد القول بأن الاخلاق تطورت فى مصر بحيث اصبح مثل تلك الكتب لا ينافى الآداب العامة استنادا على ما يجرى فى المراقص ودور السينما وشواطىء الاستحمام لانه مهما قلت عاطفة الحياء بين الناس فانه لا يجوز للقضاء التراخى فى تثبيت الفضيلة وفى تطبيق القانون[٢١] .

وهذه الجريمة ـ فى صورها المذكورة ـ عمدية يلزم لتوافرها ثبوت القصد الجنائى الذى يأخذ صورة القصد العام[٢٢] .

هذا وقد أراد المشرع ـ كما صرحت بذلك المذكرة الايضاحية للقانون ١٦ لسنة ١٩٥٢ ـ « أن يطارد الشر فى وكره ، ويقضى على عوامل الانحلال قبل ذيوع أمرها ، وقبل أن تخرج الى العلانية ، وتقع تحت نظر أو سمع الجمهور بأية وسيلة من وسائل الاعلان أو الاذاعة » ، فأنشأ لهذه الاعتبارات ، كنوع من التجريم التحوطى السباق ، الجريمة

---

(٢١) نقض ٢٦ / ١١ / ١٩٣٣ طعن رقم ٢٤٨١ القواعد القانونية فى ٢٥ عاما ص ٢٩٢ بند ١ .

(٢٢) هذا ومن المفهوم أن الاغراض العلمية but uniquement scientefique (كالكتب الطبية أو الصور الطبية) لا تقوم بها الجريمة أنظر فيتى المطول السابق ، ص ١٥٣٠ .

وأنظر تطبيقات محكمة النقض الفرنسية لهذه الجريمة المشار اليها عنده حول «عرض صور تظهر اثنان يقومان بممارسة الجنس»، «فى صورة امرأة عارية تظهر بوضوح الاعضاء الجنسية لديها» . أنظر فى صور هذه الجريمة فى فرنسا اندريه فيتى ص ١٥٢٨ ومابعدها .

فى صناعة هذه الاشياء أو حيازتها بقصد 'الاتجار أو التوزيع أو الايجار أو اللصق أو العرض • • وكل من استوردها أو صدرها أو نقلها عمــدا بنفسه أو بغيره ، أو أعلن عنه أو باعه أو أجره أو عرضه للبيع او الايجار ولو فى غير علانية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة ولو بالمجــان وفى أى صورة من الصور ، وكل من وزعه أو سلمه للتوزيع بأية وسيلة وكذلك من قدمه سرا ولو بالمجان بقصد افساد الاخلاق[٢٣] •

## ١٤ ــ (د) جريمــة الفعل الفاضح العلنى :

تقررت هذه الجريمة بمقتضى المــادة ٢٧٨ عقوبات[٢٤] ، وجوهرها تقرير الجريمة فى سلوك « كل من فعل علانيــة فعلا مخلا بالحيــاء » واشتراط القانون لقيام الجريمة أن يكون الفعل بطبيعته مخل بالحيــاء وأن يقع علنا حتى تقوم الجريمة يكشف بوضوح كامل عن العلة التى تقف وراءه والمصلحة القانونية التى يحميها وهى حماية « الحياء العام » التى تفرض أن يخفى الكافة ، سائر صنوف الممارســة الجنسية ، وكل تحريض عليها أو وصف لها أو تعبير عنها أو رمز اليها عن أعين المجتمع وعن أذانه[٢٥] • يعزز ذلك أن مناط تجريم الفعل المخل بالحياء العام هو حصوله فى « علانيــة » ، بصرف النظر عن مشروعية الفعــل فى ذاته •

---

(٢٣) راجع المادة ١٧٨ عقوبات •

(٢٤ تنص المادة ٢٧٨ عقوبات على أن « كل من فعل علانية فعلا فاضحا مخلابالحياء يعاقب بالحبس مدة لاتزيد علىستةأشهر أو بغرامةلاتتجاوز ثلثمائة جنية مصرى •

(٢٥) أنظر حــول هــذه العــلة : فيتى المطول السابق الاشارة اليه ، ١٥٢٠ وما بعدها ــ جارو المطول السابق ص ٤٥٢ وما بعدها ــ جارســون المرجع السابق ص ٨٢٨ تحت المادة ٣٣٠ بند ١ ــ لامبير المطول السبق ، ص ٦٠٩ ــ وأنظر =

فالجريمة تقوم فى « كل ممارسة علنية » للجنس ولو كانت بين زوجين ، أو وقعت رضائية تساندها الارادة المعتبرة قانونا ، كما تقوم كذلك فى كل ممارسة علنية غير مشروعة أو مجرمة قانونا بنصوص تجريمية أخرى (الاغتصاب أو هتك العرض) غاية الامر أن الفعل تتعدد به الجرائم تعددا معنويا ويخضع بالتالى لحكم المادة ٣٢ ع فى تطبيق العقوبة المقررة للجريمة الاشد[٢٦] • ومن جهة أخرى فان هذه الجريمة تقوم ولو لم يكن ثمة مجنى عليه « محدد » اذ أن الجريمة تقوم اذا وقع الفعل الفاضح المخل بالحياء علنا ولو تصادف أن أحدا لم يشهده أو يسمعه ،

---

=

Marcel Rousselet et Maurice Patin, droit pénal spécial. 7éd. 1958. p. 376. et 377.

مشار اليه من بعد روسوليه وباتان •

وأنظر Général likuilia Bolongo, droit pénal special zaïrois T.I. 1976. p. 324.

مشار اليه من بعد بولونيو •

ونظر فى مصر استاذنا الدكتور حسن صادق المرصفاوى ، المرصفاوى فى قانون العقوبات القسم الخاص ص ٦٦٩ هـ ١١١ مشار اليه من بعد المرصفاوى — الاستاذ الدكتور عمر السعيد رمضان ، شرح قانون العقوبات القسم الخاص ١٩٦٨ ، ١٩٦٩ — ص ٣٤٨ • مشار اليه من بعد عمر السعيد رمضان • الاستاذ الدكتور أحمد فتحى سرور ، الوسيط فى شرح قانون العقوبات القسم الخاص ١٩٦٨٠ • ص ٥٣٠ ، ٥٣١ • مشار اليه من بعد أحمد فتحى سرور الوسيط الاستاذ الدكتور حسنين ابراهيم صالح عبيد ، جرائم الاعتداء على الاشخاص ١٩٧٣ ، ص ١٨٧ • مشار اليه من بعد • حسنين عبيد • ( وأنظر عبد المهيمن بكر المرجع السابق ، ص ٧٠٩ محمود نجيب حسنى المرجع السابق ص ٤١٦ وان ربط سيادته بين الاعتداء على الحياء العام والحرية الجنسية ) •

(٢٦) اذا وقعت جريمة هتك عرض رضائية على شخص لا يعتد بارادته قانونا ، كان مجنيا عليه فى جريمة هتك عرض ، فاذا كان هذا الفعل قد وقع علنا ، صار فاعلا لجريمة فعل فاضح علنى •

ومن جهة أخيرة فان هذه الجريمة لا تقوم فى كل ممارسة غير مشروعة ومشكلة لجريمة ما لم يرتكب الفعل علنا[٢٧] • بل أن الواقع أن هذه الجريمة هى « الجريمة الام » التى يرصدها المجتمع لتوفير الحماية الجنائية « لمقتضيات الحشمة والحياء العام » •

ولم يضع القانون — فى مصر أو فرنسا — تعريفا أو معيارا للفكرتين الجوهريتين الذى يتشكل منهما الركن المادى للجريمة ، وهما « الفعل الفاضح المخل بالحياء » ، و « العلانية » ، تاركا للفقه والقضاء مهمة النهوض بهذا العبء •

فأما عن مفهوم « الفعل الفاضح المخل بالحياء » ، فقد تركه القانون عمدا للقاضى ، على أساس أنه قابل لان يتنوع ويتفاوت « بتفاوت البيئات والاوساط واستعداد أنفس أهليهما وعاطفة الحياء عندهم للتأثر[٢٨] ، ثم أنه يتفاوت بتفاوت الازمنة » فما كان بالامس فاضحا للحياء قد يكون اليوم مقبولا عند الناس ، وما يكون كذلك فى مجتمع قد لا يكون كذلك فى غيره ، وبالتالى فان القاضى يتمتع بسلطة تقدير واسعة فى تحديده لتلك الافعال مستهديا فى ذلك بأمرين : أولهما مشاعر المجموع دون التفات لمشاعره هو شخصيا أو لمشاعر قلة متزمتة أو قلة منحلة ، وثانيهما هو أن لا يتنازل فى تقديره لتلك الافعال عن مجموعة المعتقدات الدينية والاخلاقية المستمدة من الواقع المصرى باعتبارها الاطار العام

---

(٢٧) مع الاخذ فى الاعتبار جريمة الفعل الفاضح غير العلنى فى حضرة امرأة باعتبار أنها جريمة مخصصة لحماية الحياء « الخاص » للمرأة •

(٢٨) نقض ١٩٢٩/٤/١٨ القواعد القانونية • ج ١ ق ٢٣١ ص ٢٧٠ •

للمجتمع وباعتبار أن القضاء لا يجوز له هو نفســه ــ كما قضت بذلك محكمة النقض ــ مهما قلت عاطفة الحياء عند الناس أن يتراخى فى تثبيت الفضيلة وفى تطبيق القانون[٢٩] • فما يعد فاضحا ومخلا بالحيــاء من الافعال فى قرية لا يعد كذلك فى مدينة ، وما يعد فى الاخــيرة فاضحا فى داخلها قد لا يكون كذلك على شواطئها ، وما يعد كذلك فى شواطئها قــد لا يعد كذلك فى مسارحها ، وما يعد فاضحا من الافعال على مستوى دولة بأكملها قد لا يعد كذلك فى غيرها من الدول[٣٠] •

لكن الذى ليس للقــاضى تقدير فيــه هو أن يلحق هــذا الوصف « الفاضح أو المخل بالحياء » بفعل مادى ، لان الجريمة لا تقوم الا اذا كان الاخلال بالحياء العام قد نتج عن فعل مادى : عن حركة أو اشارة geste أو موقف attitude يصدر من الجانى ويكون مخلا بالحياء العام • فالجريمــة لا تقوم « بالقــول » مهما بلغت درجته من البذاءة والفحش[٣١] ، ولو اتخــذ شكل الغنــاء أو الصياح أو الخطب المخلة

---

(٢٩) نقض ١٩٣٣/١١/٢٩ سابق الاشارة اليه • وتأسيسا على ذلك يقرر الاستاذ الدكتور نجيب حسنى «أنه يتعين على القاضى المصرى أن يضع الحلول التى يقول بها القضاء الاجنبى موضع البحث فلا يأخذ بها الا اذا ثبت أنها تتفق وتقاليد المجتمع المصرى • • • سابق الاشارة اليه ص ٤٢٥ •

(٣٠) ومن هنا فان العرف يلعب دورا هاما فى تحديد مضمون الفعــل المخل بالحياء • « فالامر يتوقف على ظروف كل بيئة وعادات أهلها » استاذنا الدكتور رمسيس بهنام ، القسم الخاص فى قانون العقوبات ١٩٥٨ ، ص ٣٠٢ • مشار اليه من بعد رمسيس بهنام •

(٣١) فهذه لا تعتبر الا سبا ( أو تحريضا على الفسق ، أو خدشا لحياء أنثى ) • • فاذا كان الحكم قد اعتبر ان ما وقع من الطاعن من قوله بصــوت مسموع لسيدتين يتعقبها « تعرفوا انكم ظراف تحبوا نروح السينما » جريمة فعل فاضح مخل بالحياء فانه يكون قد أخطأ • نقض ١٩٥٣/٦/١٦ أحــكام النقض س ٤ ق ٣٥٥ ص ٩٩٦ •

بالحياء[٣٢] ، ولا تقــوم كذلك بعرض الكتابة أو الرســم أو التصوير ، كالسير فى الطريق العام باعلان مكتوب أو مصور فاضح ، أو بعرض فيلم علنا بالسينما أو التليفزيون أو الفيديو[٣٣] • وانما يلزم أن يصدر عــن الجانى فعل مادى يخدش فى المرء حياء العين أو الاذن سواء وقع الفعل على جسم الغير أو أوقعه الجانى على نفســه[٣٤] •

**١٥ ــ ضابط الاخلال بالحيــاء :**

والواقع أن الضابط الوحيد الذى يمكن التعويل عليه فى تحــديد « الافعال المادية المخلة بالحيــاء » لا يمكن أن يستلهم الا من خــلال المصلحة التى يستهدف القانون حمايتها وهى « الاخلاق العامة » ، وهذه يلزم لصيانتها أن يتدثر كل فرد فى المجتمع بالحياء والحشمة فى ســائر صنوف الممارسات الجنسية وذلك باخفائها عن أعين الآخرين وأذانهم ، والا كان مخلا بمقتضيات « الحياء العام » • وفكرة الممارسة الجنسية كما سبق أن حددناها ، فكرة واسعة تشمل كل فعل يعد ــ فى تقــدير المجتمع ــ استجابة لنداء الجنس بصرف النظر عن مشروعيته ، أو درجة الفحش فيه ( اذ يستوى أن يكون اتصالا أو تمهيدا أو اثارة ) أو التقدير الشخصى للفعل من الفاعل أو المفعول فيه أو المفعول أمامه ، ما دام هذا الفعل اجتماعيا يدخل فى دائرة الافعال التى تعد استجابة لنداء جنسى • وعلى هذا الاساس فان مفهوم « الممارســة الجنسية » يستوعب ليس فقط افعال الاتصال الجنسى الكامل طبيعية كانت أو غير طبيعية وانمــا

---

(٣٢) تشكل جريمة الاخلال بالاداب العامة •
(٣٣) تشكل جريمة الاخلال بالاداب العامة •
(٣٤) نقض ١٩٧٥/١٢/٢٩ احكام النقض س ٢٦ ق ١٩٦ ص ٨٩١ •

يشمل كذلك سائر الافعال المهدة له المسلسة اليه ، كالمضاجعة بالملابس المعانقة والملامسة والتقبيل والمساس بالعورات ، كما يشمل أخيرا سائر الافعال المثيرة لنداء الجنس كالتعرى والكشف عن العورات والاشارة اليها ، بل أنها تشمل كل فعل يصل اليه خيال الفاسـق ما دامت دلالته الاجتماعية محددة فى كونه استجابة لنداء الجنس • ومن هنا يمكن وضع المعيار الذى يستهدى به القضاء فى الكشف عن الفعل الفاضح المخـل بالحياء بأنه كل « فعل ترتبط دلالته الاجتماعية بفكرة الممارسة الجنسية اتصالا أو تمهيـدا أو اثارة » ، بصرف النظـر عن درجـة فحشه ، أو مشروعتيه ، أو تقدير الفاعل أو المفعول أمامه ، ما دام قد صدر عن الجانى علنـــا •

فالفعل يكون مخـلا بالحياء ، اذا اتخذ شكل « الاتصـال الجنسى الطبيعى الكامل » ، سواء أكان هذا الاتصال مشروعا كمن يواقع زوجته علنا ، أو كان مشروعا من الناحية الجنائيـة وغير مشروع من الناحيـة الاخلاقية كمن يواقع انثى تجاوزت الثامنة عشرة برضـاها فى الطريق العام ( ويعتبر كلاهما فاعلا أصليا لجريمة الفعل الفاضح ) أو كان غير مشروع جنائيا كمن يغتصب سيدة بغير رضاها أو يواقع زوجة برضاها علنـــا •

كما يكون الفعل مخلا بالحياء ، اذا اتخذ شكل «الاتصال الجنسى غير الطبيعى»،أو شكل «الافعال الممهدة للاتصال الجنسى أو المسلسة اليه» ، ما دامت قد اتخذت علنـا كالمساس بالعورات ، والمعانقـة الجنسية أو

التقبيل الجنسى[٣٥] ، والملامسة من تحت الملابس ، يستوى أن تكون تلك الافعال مشروعة كمن يمارسها علنا على زوجته ، أو أن تكون مشروعة جنائيا فقط ، كمن يمارسها على فتاة تجاوزت السن القانونية برضاها ، كخطيبته أو أن تكون مشكلة لجريمـة فى القانون ، كما لو وقعت عـلى شخص دون الارادة المعتبرة قانونا أو برغمها ( هتك العرض ) •

غاية الامر أنه فى الشكلين السابقين ، حين يكون الفعل مشكلا لجريمة أخرى ، تتوفر حالة التعـدد المعنوى للجرائم ويصبح توقيـع العقوبة المقررة للجريمة الاشد هو الواجب قانونا •

وأخيرا يكون الفعل مخلا بالحياء ، اذا اتخذ شكل « الافعال المثيرة ـ اجتماعيا ـ لنداء الجنس » ، كالقرص والكشف عن العـورات ، أو الاشارة اليها ، والتعرى ، والحركات البدنيـة الراقصة التى تتوحـد دلالتها الاجتماعية على الاثارة الجنسية ، يستوى أن تكون تلك الافعال قد وقعت من الجانى على الغير كالامساك بذراع فتاة أثناء سيرها ، أو قرصها ، أو تحسس جسدها من فوق ملابسها أو التربيت على خدها أو شعرها ، أو تقبيلها قبلة خاطفة[٣٦] ، أو أن يكون الجانى قد أوقعها على

---

(٣٥) هناك بالتأكيد فارق اجتماعى ملحوظ بيـن شكل المعانقة والتقبيـل الجنسى ، وبين شكل المعانقة والتقبيل الذى يعد ـ اجتماعيا ـ احـدى وسائل الاستقبال أو التوديع أو الترحيب أو التهنئة أو العزاء •

(٣٦) قضى فى فرنسا بتوافر الفعل الفاضح العـلنى فى حـكم منتقـد فى تقبيل امرأة دون رضاها •

Trib. Dijon. 20 avril 1895. D. 1859. 5. 37

وفى وضع رجل يده على ملابس سيدة تجلس فى بار من الخارج

cass 30 oct. 1957. D. 1958. 31.

وفى مصر نقض ١٠/١١/١٩٥٨ احكام النقض س ٩ ق ٣٢٣ ص ٩١٣ ( لاحقها فى الطريق وقرصها من ذراعها ) •

نفسه ، كترقيص البطن[٣٧] والكشف عن العورة ، أو السير أو العمل عاريا أو نصف عار من أعلى أو أسفل من النساء ومن أسفل[٣٨] للرجال، أو الاشارة الدالة على الرغبة فى ممارسة الجنس اجتماعيا ، أو التى لا تدل ان أوضح هو دلالتها بالفاظ نطق بها[٣٩] ٠

وهذا معناه أن الفعل الفاضح العلنى لا يفترض مساسا بجسم المجنى عليه ، فكل ما يشترطه هو صدور فعل مادى من شأنه أن يجرح حياء الغير بالمعنى الذى حددناه[٤٠] ٠

---

(٣٧) نقض ١٨ ابريل ١٩٢٩ القواعد القانونية جـ ١ ق ٢٣١ ص ٢٧٠ وكانت المتهمة أثناء الرقص عليها ملابس قصيرة تكشف عن جسمها وكانت بطنها تنثنى روحة وجيئة ٠

(٣٨) كمن يدخل فى دكان حلاق ويبول فى الحوض الموجود به نقض ١٩٤٣/٥/٣ طعن رقم ٧٥٧ ٠ القواعد فى ٢٥ عاما جـ ٢ ، ص ٨٩٩ ٠ بند ٢ ٠

(٣٩) التطبيقات فى القانون الفرنسى عديدة ، فقد نقضت محكمة النقض الفرنسية لصلحة القانون حكما كان قد برأ فتاة وصاحب مطعم فى مدينة كان الفرنسية ، وكان الاخير قد انقدها مبلغا ماليا نظير ان تشارك كنوع من الدعاية لطعمه فى لعب البنج بونج على شاطىء البحر الملاصق لطعمه وهى ترتدى المونوكينى Monokini وهو ما يره يترك الصدر عاريا تماما cass 22 déc 1965. D. 1966. 1 - 144 . انظر فى تطبيقاته ٠ فوان سابق الاشارة اليه ص ٢١٥ وما بعدها – لامبير المطول الاشارة اليه ص ٦١٠ وما بعدها وفيتى المطول السابق ص ١٥٢١ ، ١٥٢٢ ٠

(٤٠) تثور فى هذا الصدد مشكلة العرى الكامل أو الجزئى على خشبة المسرح فى العروض الحية ( تثور المشكلة ذاتها بالنسبة للافلام السينمائية والتليفزيونية من ناحية الاخلال بالآداب العامة وفق المادة ١٧٨ ع ) عند التمثيل أو الرقص فهل تقوم به جريمة الفعل الفاضح العلنى ٠وقد تشدد القضاء فى فرنسا فى مواجهة تلك الامور وقرر أن العرى لا يمكن افلاته من حكم الافعال الفاضحة العلنية الا اذا كان المعنى الجنسى فيه مستترا وكان الراقص أو الممثل لايأتى بأى فعل أو حركة شهوانية أو مخلة بالحياء ٠ أنظر فى الموضوع فيتى المطول سابق الاشارة اليه ص ٥٣١ ، وأنظر فوان المرجع =

### ١٦ ـ العلانيــــة :

« العلانية » هى العنصر الجوهرى فى هذه الجريمة ، وحجر الزاوية فى بنيان احكامها ، لان فيها تكمن العلة الحقيقية فى تحريم الافعال المخلة بالحياء ، لانها النفى المباشر لواجب « الخفاء » الذى تفرضه الاخلاق العامة • فالقانون لا يعاقب على الفعل المخل بالحياء لذاته وانما لعلانيته التى تخدش حياء العين أو الاذن • ومن هنا وجب على حكم الادانة أن يعنى باثبات قيام تلك العلانية صراحـــة والظروف التى استنتج منهـــا توافرها[٤١] • واذا كان القانون لم يحدد المقصود بالعلانية اللازمة لقيام الركن المادى للجريمة ، فان القضاء قد وضع فى هذا الصدد معيـــارا يتلائم مع مقتضيات تلك الحماية ، حيث تتحقق العلانية بوقوع الفعل فى مكان عام بطبيعته فى أى وقت من أوقات الليل أو النهار أو فى مكان عام بالتخصيص أو المصادفة فى الوقت المباح للجمهور ارتياد هذا المكان أو فى مكان خاص ( وما يأخذ حكمه ) اذا ادرك الغير الفعـــل بداخله أو

---

= السابق • ص ٣١٧ وأنظر حكم محكمة باريس
Goz. pal. 1936. 1. 830 26 Févr 1936.

وكانت محكمة استئناف باريس قد أيدت حكما أدان راقصة أمريكية تدعى joen warnar بصفتها فاعل لجريمة الفعل الفاضح العلنى فى واقعة كانت فيها قد رقصت شبه عارية فى أحد ملاهى العاصمة •

الحكم السابق الاشارة اليه

أنظر فى تطور أحكام القضاء وفى مشكلة « العرى فى المسرح عمـــوما » و « نصف العرى داخل المدن » والعرى فى مستعمرات العراة فى فرنسا • لامبير، المطول سابق الاشارة اليه ٦٠٠ وما بعدها وفى تقرير أحمـــد فتحى سرور ، المرجع السابق : ان العرى المسموح به هو الذى يتطلبه الدور ولا خروج فيـــه على الاصول الفنية • ص ٥٣٠ ، ٥٣١ • ونحن نعتقد أن المعيار هو فى اختفاء المعنى الجنسى من العمل الفنى •

(٤١) انظـــر Crim 15 Juin 1965 - B - 161

كان باستطاعته ادراكه•ومن ثم فانه لا يشترط لتوافر العلانية أن يشاهد الغير عمل الجانى فعلا ، بل يكفى أن تكون المشاهدة محتملة[٤٢] •

فيعتبر الفعل قد وقع علنا اذا كان قد جرى فى مكان عام « بطبيعته » وهو كل مكان يكون بامكان شخص أن يرتاده ، باعتبـــار أنها مخصصة أساسا لحركة الجمهور وتنقلاته كالطرق العامة الزراعية والصحراوية والشوارع والحوارى والازقة والميادين ، والمتنزهات[٤٣] أو الحدائق العامة ( المفتوحة ) والانهار والترع والقنوات ، بل وحتى الطرق الخاصة طالما كانت مفتوحة بحرية لمرور الجمهور[٤٤] ويلحق بالاماكن العـــامة بطبيعتها الاماكن الخاصـــة المكشوفة على الطـــرق العامة دون ســـاتر كالحدائق الخاصة والمزارع الملاصقة للطرق دون حجاب أو سور[٤٥] •

ويستمد الفعل الواقع فى هذه الاماكن علنيته من صفة المكان الذى وقع فيه ، ومن هنا لا يلزم لتوفر العلانية أن يكون أحدا قد ادرك العمل فعلا ، لان هذا الادراك بسبب صفة المكان محتمل مطلقا ، وبالتالى فلا يجدى الفاعل فى نفى العلنية أن يثبت أن أحـــدا لم يدرك فعله ، أو أنه اتخذه فى وقت لا يمكن لاحد أن يراه فيه ، أو فى زمن لا يمكن لاحـــد بسبب الظلام مشـــاهدته[٤٦] •

---

(٤٢) أنظر على التوالى نقض ١٩٦٨/١٢/٣٠ احكام النقض س ١٩ ق ٢٢٩ ص ١١٢٢ ـ نقض ١٩٧٥/١٢/٢٩ أحكام النقض س ٢٦ ق ١٩٦ ص ٨٩١ •

(٤٣) انظر نقض ١٩٦٣/١/٢٩ أحكام النقض س ١٤ ق ١٣ ص ١٩٥٨

(٤٤) فيتى المطول السابق ، ص ١٥٢٣ • ويدخلون فيها كذلك الغـــابات والجبال ، والبلاجات ، والمستعمرات كلما كانت هذه الاماكن مطروقة •

(٤٥) جارسون ، المرجع السابق مادة ٣٣٠ ص ٨٣١ بند ٤٢ •

(٤٦) وقد قضى بتوافر الجريمة فى حق اثنين مارسا الجنس على مقعد =

كما يعتبر الفعل قد وقع علنا اذا جرى فى مكان عام « بالتخصيص ». والاماكن العامة بالتخصيص هى بحسب الاصل أماكن خاصة لكن بعضا من أجزائها يفتح للجمهور بشرط أو بدون شرط خلال ساعات محددة ، فيصبح فى نطاق الاجزاء المفتوحة فيه للجمهور وخلال الوقت المسموح فيه بدخولهم مكانا عاما ولو لم يره أحد فعلا ، ويأخذ فى حدود هـذا النطاق حكم الامكان العامة بطبيعتها ، أما بالنسبة للاماكن التى لا يكون مسموحا للجمهور بدخولها ، أو بالنسبة لسائر المكان فى الوقت الذى لا يكون مسموحا فيه للجمهور بالدخول فان الامر يتوقف على حسب ما اذا كان هناك جمهور بالمصادفة أم لا ؟ فاذا لم يكن ثمة جمهور أخذ حـكم المكان الخاص أما اذا كان هنـاك بالمصادفة جمهور ( كوجـود المرضى أنفسهم والاطباء فى المستشفى فعـلا ) كان للمكان صفته العامة التى تنعكس على الفعل فتجعله عاما[٤٧] .ومن هذه الاماكن المقاهى والمطاعم ومحلات البيع ، والمسـاجد والكنائس ودور المحاكم ، وملاعب الكرة ، وصـالات السينما والمسرح ، والمستشفيات والسجون والمدارس[٤٨] .

---

=

فى أحد الحدائق العامة ليلا فى الوقت الذى كانت الحديقة فيه مغلقة وفـى الليل ودون أن يراهم أحد أو يتقدم بالشكوى . مشار اليه فى لامبير ص ٧١٦

(٤٧) وفى هذا قضت النقض بأن المكان العام بالمصادفة كالمستشفيات وهو بحسب الاصل مكان خاص قاصر على أفراد أو طوائف معينة ولكنـه يكتسب صفة المكان العام فى الوقت الذى يوجد فيه عدد من أفراد الجمهـور بطريق المصادفة أو الاتفاق ، فتتحقق العلانية فى الفعل الفاضح المخل بالحياء فى الوقت المحدد لاجتماع الجمهور بالمكان ولو لم يره أحد ، أما فى غير هـذا الوقت فانه يأخذ حكم الاماكن الخاصة بحيث تتوافر العلانية متى شـاهد الفعل الفاضح أحد أصحاب المكان أو نزلائه ، أو كان من المستطاع رؤيته بسبب عدم احتياط الفاعل نقض ١٩٦٨/١٢/٣٠ أحكام النقض س ١٩ ق ٢٢٩ ص ١١٢٢ انظر نقض ١٩٧٣/١٠/١٤ أحكام النقض س ٢٤ ق ١٧٥ ص ٨٤٧ .

(٤٨) أنظر تطبيقا على المقابر ١٩٧٣/١٠/١٤ أحكام النقض سـابق الاشـارة اليه .

هذا من البديهي أن وسائل المواصلات العامة ( السيارات — والترام — والقطارات وغيرها ) تعتبر أماكن عامة فى كل لحظة تكون فيها مهيأة لاستقبال الجمهور، سواء فى اثناء سيرها أو وقوفها فى المحطات ، وبالتالى يعتبر الفعل المخل بالحياء الواقع فيها علنيا ولو لم يره بالفعل أحد(٤٩).

أما فيما يتعلق بالمكان الخاص فان وقوع الفعل المخل بالحياء فيه لا يكون قد وقع علنا الا اذا ادرك الفعل المخل بالحياء أحد أصحاب المكان أو نزلائه ، أو كان من المستطاع رؤيته بسبب عدم احتياط الفاعل ، أى الا اذا ادركه الغير فعلا أو كان من الممكن ادراكه من الغير فالعلانية اذن ليست مفترضة وانما يلزم اثباتها اثباتا خاصا .

والمبدأ أن الاماكن الخاصة les lieus prinés ، لا تتوفر « العلانية » للفعل المخل بالحياء الواقع فيها ، الا اذا رأه — عرضا — الغير فعلا ، أو كان بامكانه أن يطلع عليه بسبب عدم اتخاذ الاحتياطات الكفيلة بستره عن الانظار ، أو بسبب عدم كفاية تلك الاحتياطات . ومن هنا قلنا أن العلانية لا تفترض فى الاماكن الخاصة وانما يلزم اثباتها من خلال الظروف التى اتخذ الفعل فيها .

واذا كانت فكرة « الشقة » و « الفيلا » و « المنزل » عموما و « الجراج المغلق » هى التى تثور فى الذهن عند ذكر الاماكن الخاصة الا أن الواقع أن الاماكن الخاصة نوعان : أماكن خاصة مغلقة close وأماكن خاصة غير مستورة .

---

(٤٩) أنظر فيتى المطول السابق ، ص ١٥٢٤ .

فأما الاماكن الخاصة غير المغلقة وهى الاماكن الخاصة غير المستورة ( كمداخل العمارات وبهو الفنادق ، وطبقات توزيع الشقق أو حجرات الفندق ، وسلالم العمارات ، والمصاعد وفناء المنازل وجميع الاجزاء المشتركة فى العمارات ) فهذه يمكن للغير دخولها دون عوائق ، كما يمكنه أن يمد النظر الى ما يجرى بداخلها ، وهى لهذا السبب تفقد حرمتها الخاصة ويكون الفعل المخل بالحياء الواقع فيها علنيا ، طالما لم يثبت أن الفاعل قد اتخذ كافة الاحتياطات الضرورية الكفيلة بحجبها عن اطلاع الغير عليها[٥٠] • وينطبق نفس الحكم على من يظهر فى وضع مخل بالحياء سواء من شباك منزله ، أو من حديقته ، أو مزرعته فى ظروف أمكن للغير فيها أن يطلع عليه فعلا ، أو كان بامكانه أن يطلع بسبب التصاق المكان دون حجاب بالطريق العام أو العمارات المجاورة[٥١] • وينطبق نفس الحكم من باب أولى اذا كان هذا الفعل قد وقع فى سيارة خاصة اثناء وقوفها أو سيرها فى الطريق العام[٥٢] • الا اذا كان قائدها قد اتخذ الاحتياطات الضرورية لحجب الرؤية تماما ، كما لو كان قد اسدل ستائر تحجب ما يجرى داخل السيارة أو كان قد استعان بالعربة المغلقة المسماه بالكارافان caravan [٥٣] •

---

(٥٠) Cass. 26 mai 1853 - S. 1853 - 1 - 461.
Cass 7 juil 1932. B 174.

منها الحجرات الموجودة بالمقابر • فان لم يكن الباب موصدا بمزلاج يمنع من يريد الدخول اليه من الدخول بالمصادفة قامت الجريمة • نقض ١٩٧٣/١٠/١٤ أحكام النقض س ٢٤ ق ١٣١ ص ٨٤٧ وأنظر نقض ١٩٦٨/١٢/٣٠ سابق الاشارة اليه •

(٥١) انظر فيتى المطول • والاحكام العديدة المشار اليها عنده

(٥٢) Cass 1 juil 1970 - B. 220.

(٥٣) اندريه فيتى المطول السابق • يعطيها حكم المنزل •

أما الاماكن الخاصة المغلقة close التى لا يكون بامكان الغير دخولها ــ بطريقة مشروعة ــ فى أى لحظة دون استئذان ، ولا يمكن لمن كان بخارجها أن يطلع على ما يجرى بداخلها فلا يمكن أن يكون الفعـل المخل بالحياء الواقع بداخلها علنيـا ، ولو صرح فاعله للغير من بعـد ــ اهمالا منه أو تبجحا ــ بما جرى بداخله من افعال فاضحة لانعدام العلنيـة •

وقد قضت المحاكم الفرنسية فى قضاء سليم ، بأن الاماكن الخاصة التى تكون مداخلها أو أبوابها على طرقات عامة ( كالحجرة فى فنـدق ) تعتبر مكانا مغلقـا ما دامت أبوابها مقفولة ولو بغير مفتـاح ، وبالتالى قضت بعدم قيام الجريمة فى واقعة كان فيها شخصا قد فتح خطأ باب الحجرة ودخل دون استئذان واطلع على ما كان صاحب المكان يمارسه من افعال فاضحـة(٥٤) •

ومع ذلك فان العلانية قد تتحقق ولو وقع الفعل فى مكان خاص مغلق اذا كان الغير قد أدركه فعلا ، أو كان بامكانه أن يدركه بسبب عدم اتخاذ الاحتياطات الكفيلة بعدم اطلاع الغير عليه أو بسبب عـدم كفاية تلك الاحتياطات ، وهو أمر يتوقف على الظروف التى اتخـذ فيها التصرف المخل بالحياء ، على النحو التالى •

فاذا تعلق الامر « بشاهد فضولى » indiscret سعى بفضـوله

---

(٥٤) انظر cass. 11 déc 1952. 300 عكس هذا القضـاء نجيب حسنى المرجع السابق ص ٤٣٧ •

المرضى للاطلاع على ما يجرى لدى غيره ، واستخدم لذلك من الوسائل ما اقتضته ظروف الحال ( النظر من ثقب الباب ، استخدام نظارة مكبرة ، الصعود فوق سلم ، الانحراف بالنظر من شباك منور ) فان أى حماية لا يمكن أن تتحقق فى القانون لمثله ولا تكون العلانية متوفرة(٥٥) •

أما اذا تعلق الامر بشاهد بارادته volontaire ، وقع الفعل فى المكان الخـــاص فى حضرته بموافقتـــه ( وربما يكون قد جـــاء خصيصا لمشاهدته ) فان حماية لمثله لا يمكن أن تتحقق(٥٦) •

أما اذا تعلق الامر بشاهد اضطرارى involontaire ، لم يســـع بارادته الى مشـــاهدة الفعل ، ففوجىء به ، فان الجريمة تقـــوم لتحقق

---

(٥٥) أنظر فى فرنســا Cass. 5 juin 1874. B. 158
وأنظر لامبيـــر ص ٦٢١ •

(٥٦) انظر ليفاسير ، المرجع السابق ، ص ٤٩٠ ــ واندريه فيتى المرجع السابق ، ص ١٥٢٦ • ونقض فرنسى 14 nov 1903. B. 77.
على أساس « أنه طالما كان المكان مغلقا لا يمكن للغير الاطلاع على ما يجـرى فيه فان رضاء الحاضرين يمنع من قيام الجريمة على أساس أن «الرضا سبب من أسباب عدم قيام هتك العرض ، وبالتالى ــ من باب اولى ــ سبب لعدم قيام الفعل الفاضح » • • والنتيجة فى حد ذاتها صحيحة ، لكن التسبيب يحتاج الى تأمل • ذلك أن « العرض كما سنرى حق » لصاحبه وله بالتالى أن يتصرف فيه ومن هنا قيل أن العدوان واقع على الحرية الجنسية ، أما الفعل الفاضح ــ فهو حق للمجتمع ورضاء الفرد به لا يبيحه لانه لا يملكه • انما الصحيح أن هؤلاء لا يعتبرون جمهورا تتحقق به العلانية •

ومع ذلك فينبغى أن يلاحظ ، أن الرضا ممن لا يملكه ، وخصوصا بالنسبة «للصبى المميز» لا يمكن أن يعتد به فى نفى الجريمة ويعد مثل هـــذا الحــاضر وكأنه حاضر رغما عنه •

أما اذا كان غير مميز ، فان عدم وعيه لدلالة الافعــال يحول دون وقــوع الجريمة • انظر فيتى المطول السابق ، ص ١٥٢٦ ويلحق به المجنون •

العلانية بمشاهدته اياه[٥٧] • ولذلك قضت النقض الفرنسية بتوافر العلانية فى حق « صبية مميزة » كانت تنام بجوار اختها الكبرى ، حين تنبهت فى الهدوء الشديد لليل على اختها التى ترقد بجوارها وهى تمارس الجنس مع آخر[٥٨] •

### ١٧ — وسائل الاطلاع أو العلانية :

بينا فيما سبق كيف أن الاصل أنه لا يلزم لتحقق العلانية أن يشاهد الغير عمل الجانى فعلا ، بل يكفى أن تكون تلك المشاهدة محتملة ، والمصادقة على هذا القول تفترض أنه ليس فى بنيان جريمة الفعل الفاضح العلنى « مجنى عليه » بالمعنى الدقيق للكلمة ، أو أن وجوده ليس شرطا لقيام الجريمة ، فقد تقوم الجريمة دون أن يتحمل أحد ، أو دون أن يتحمل شخص محدد العدوان المتمثل فيها ، وهو ما يتحقق تماما اذا أوقع الجانى الفعل المخل بالحياء على نفسه دون أن يطلع عليه أحد فى ظروف كان مثل هذا الاطلاع من جانب الغير محتملا ، لان الافعال الفاضحة المخلة بالحياء لم تجرم لمساسها بشخص بعينه ، بل لما ينطوى عليه الفعل فى ذاته من خروج على مقتضيات عامة هى « صيانة الحشمة والحياء العام » ويظل هذا المعنى صحيحا ولو كان الفعل قد أوقعه الجانى على غيره ، لان « العدوان » المجرم فى هذه الجريمة ليس هو ما أصاب الغير من جراء الفعل ، وانما هو ما أصاب الحياء العام من اطلاعه على

---

(٥٧) يحق بهذا الشاهد ، الصبى المميز الذى حضر لشاهدة الفعل بارادته • انظر فى تحليل أحكام القضاء الفرنسى فى رضا الشهود المميزين وغير المميزين • لامبير • ص ٦٢٢ وما بعدها •

(٥٨) Cass. 7 mai 1897 - S - 1897 - 1.250

ما أوقعه الجانى على غيره ، يعزز هذا المعنى أن الجريمة لا تقوم فى مثل تلك الحالة اذا لم يطلع الغـير فعلا على ما وقـع ولم يكن باستطاعته الاطلاع عليه ، وهو ما حدا بالمشرع المصرى الى التدخل صراحة لتجريم هذا الفعل اذا وقع فى حضرة امرأة دون رضاها تقديرا لاعتبارات خاصة ( لاحظ أن القانون اختار قصدا عبارة فى حضرة امرأة ولم يقل عـلى امرأة ، ولاحظ كذلك أن الجريمة لا تقوم اذا وقع الفعل فى حضرة رجل ).

ووسائل اطلاع الجمهور على تلك الافعال ، سواء وقعت على الغير أو اوقعها الجانى على نفسه هى العين والاذن ليس الا ، كما تقرر محكمة النقض فى قضاء صحيح[٥٩] ، فى قولها « ان الفعل العمد المخل بالحياء الذى يخدش فى « المجنى عليه » حياء العين والاذن ليس الا هو فعل فاضح . . . » هو قضاء صحيح لان المجنى عليه هنا ، الذى يمثـل الجمهور ، هو من « اطلع » على الفعل الذى أوقعه الجانى على نفسـه أو غيره ، وليس من تحمل الفعل الذى أوقعه الجانى عليه . ولان الاطلاع يستحيل أن يتم الا عن طريق العـين والاذن فان الاعمى الاصم كمـا قررت محكمة النقض فى قضاء صحيح تماما ، يمكن هتك عرضه ، لكن لا يمكن أن يكون مجنيا عليه ( أى ممثلا للجمهور الذى أطلع ) فى جريمـة الفعل الفاضح ، فبديهى أن محكمة النقض لا تقصد عدم قيام جريمـة الفعل الفاضح اذا وقع السلوك المكون لها على أصم أعمى وانما تقصد

---

(٥٩) نقض ١٩٢٨/١١/٢٢ احكام النقض جـ ١ ق ١٧ ص ٣٢ ــ وأنظر كذلك نقض ١٩٥٨/١١/١٠ أحكام النقض س ٩ ق ٢٢٣ ص ٩١٣ ــ ونقض ١٩٧٥/١٢/٢٩ أحكام النقض س ٢٤ ق ١٩٦ ص ٨٩١ .

أن الاصـــم الاعمى لا يكفى لتمثيـــل الجمهور اذا كان هو وحده الذى جرى الفعل الفاضح أمامه(٦٠) •

فأما أن تكون وسيلة اطلاع الجمهور على الفعل المخل بالحياء هى « العين » فهو الاصل حيث يجرى الفعل المخل بالحياء تحت نظر العـــامة لكن القضاء فى مصر وفرنسا قد استقر على قيام الجريمة اذا كان الفعل المخل بالحياء قد جرح فى العامة حياء الاذن أى جرى الفعل المخل بالحياء تحت سمع العامة دون أن يرونه(٦١) •ولم يتعرض القضاء المصرى لجريمة فعل فاضح جرحت فى العامة حياء الاذن ، وان كانت محكمة النقض قد سلمت من زمن بعيد بتعادل الاطلاع السمعى مع الاطلاع البصرى فى قيام الجريمة لكن القضاء الفرنسى قد تعرض مرتين لهذه الصورة ، فى واحدة منها كانت احدى السيدات فى محطة قطار ديجـــون Dijon

---

(٦٠) يتعرض القضاء السابق لمحكمة النقض لنقد جماعى من الفقـــه فـى مصر • أنظر محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ص ٤٢٨ ، ٤٢٩ ـ أحمـد فتحى سرور ، المرجع السابق ، ص ٥٣٤ ـ عمر السعيد رمضان المرجع السابق ص ٣٥٤ حسنين عبيد ، المرجع السابق ص ١٩٠ • محمود مصطفى المرجـع الســابق ، ص ٢٥٧ ، رمسيس بهنام المرجع الســابق ، ص ٣٠١ ، ٣٠٢ • ويرتكز هذا النقد على أساس • « أن الشخص الاصم الاعمى قد يحس فعـل الجانى اذا وقع هذا الفعل على جسده ، ويمكنه أن يلمسه بيده اذا وقع عـلى غيـره » •

فأما عن امكانية وقوع الفعل الفاضح على الاصم الاعمى من الجـانى • فهذا ما لا يمارى فيه أحد اذا أطلع عليه الغير أو أمكنه الاطلاع عليه ، انمـــا الذى لا يمكن ، أن يكون الاصم الاعمى ممثلا للجمهور وموفـــرا بذاته عنصر العلانية • أما أن يلمسه بنفسه أن وقع على غيره فهو ما لا نتخيله •

(٦١) لاحظ جيـدا النطـاق الضيق لتحقق الجريمـة فى هذه الحـالة ، وخصوصا مع وجود المادة ١٧٨ ع التى تعاقب على الجهر علانية بأى وسيلة من الوسائل بصياح أو أغنية أو خطبة مخالفة للاداب العامة •

قد سمعت تأوهات Gemissements منبعثة من احدى دورات المياه المخصصة للسيدات بالمحطة ، فتصورت ان احدى السيدات قد سقطت مريضة اثناء قضاء حاجتها ، فاندفعت بسرعة واستدعت أحد عمال المحطة وأحد رجال البوليس ، حيث سمعوا نفس ذلك الصراخ ، وحاولوا فتح الباب فوجوده مغلقا ، وصاحوا على التى تصرخ فى الداخل فلم ترد ، فتسلق أحدهم الباب لينظر من نافذته فاذا به يفاجىء برجل وامـرأة فى كامل الصحة يمارسان الجنس ، وبصرف النظر عن أن محكمة استئناف ديجون اصدرت حكمها ببراءة المتهمين لاسباب اجرائية الا أنها صادقت عـلى ما قضت به محكمة الدرجة الاولى من أن «الاطلاع السمعى دون البصرى للفعل المخل بالحياء يكفى فى ذاته لتحقق العلانية التى تقوم بها الجريمة »[٦٢] وكانت محكمة النقض الفرنسية قبل ذلك قد قضت بقيام العلانية فى اطلاع فتاة صغيرة على فعل مخل بالحياء بأذنيها فقط ، حيث كانت تنام فى عمق الليل وهدوئه ، وتنبهت Rendu Compt على أختها التى تنام معها فى مخدع واحد تمارس الجنس مع آخر[٦٣] ٠

## ١٨ ـ القصـد الجنـائى :

لم يكن الفقه الفرنسى التقليدى متفقا حول مضمون الركن المعنوى اللازم لقيام المسئولية عن جريمة الفعل الفاضح العلنى ، فكان بعض الفقه ينحاز الى أن هذه الجريمة من الجرائم العمدية التى يلزم لتوافرها القصد الجنائى ، وبالتالى كان يلزم ثبوت ارادة خدش الحياء العـام

---

(٦٢) أنظر حكم Digon 21 Janr 1949
مشار اليه فى لامبير ص ٦١١ المرجع السابق ٠

(٦٣) Cass 7 mai 1897 - S - 1897 - 1 - 256.

Le Volonté de offonseur la pudeur publique ، وهو ما يمكن استظهاره عملا من طبيعة الفعل المرتكب ذاته وجسامة الفحش ودرجة القبح فيه ( كالاتصال الجنسى علنا ) حيث ينطوى ارتكاب الفعل فى ذاته على القصد الجنائى تلقائيا impso Facto بنحو يكاد أن يكون مفترضا • أما الافعال الاخرى التى لا تنطوى فى ذاتها على ذلك الكم من الفحش فهذه لا عقاب عليها الا اذا ثبت من الظروف التى اتخذت فيها أن الجانى قد تعمد بفعلته خدش الحياء العام ، وفى هذه الحالة يلزم اثبات القصد الجنائى ، ومثلها حالة الشخص الذى يكشف عن عورته فى الطريق العام بقصد قضاء حاجة طبيعية • وعلى هذا الرأى سارت محكمة النقض الفرنسية فى بعض احكامها فقضت ببراءة شخص كان يستحم فى بحيرة عاريا لعدم ثبوت قصد خدش الحياء العام لديه(٦٤) •

لكن الفقه الجنائى فى فرنسا يجمع على ما استقرت عليه محكمة النقض عندهم على قيام الجريمة دون أن يثبت انتواء الجانى خدش الحياء العام بفعلته ، صحيح أن ثبوت هذه النية تقوم به الجريمة فى صورة عمدية ، الا أنه يكفى — بالنظر الى طبيعة المصلحة التى تحميها تلك الجريمة — أن يثبت أهمال الجانى وعدم اتخاذه الاحتياطات الكافية لعدم تمكن الغير من الاطلاع عليه فى هذا الوضع المناف للحياء العام(٦٥) • ومن هنا يتضح أن جريمة الفعل الفاضح العلنى تارة تكون

---

(٦٤) Cass 6 oct - 1870 - S, 1870 - 1 - 438.

(٦٥) Cass 28 avril 1881 · S · 1881 . 1 . 389.
Cass 18 Pev 1838 - D - 1938. 293.
Cass 20 oct 1955 - D - 1955 - 114 - 17 Jui 1965· B. no. 161·
cas 7 décl 1960 - B· 573.
=

من الجرائم المقصودة وتارة ــ وهذا هو الاغلب ــ تكون من الجرائم غير المقصودة التى يتخذ الركن المعنوى فيها صورة الخطأ غير العمدى أو الاهمــال •

وقد اعتنقت بعض احكام القضاء فى مصر هذا الرأى وقضت بأن القصد الجنائى ليس من الاركان المكونة لهذه الجريمة • وأن الغرض منها هو حماية الاداب ومحاربة الرذيلة سواء أحصلت عن عمد أو كانت نتيجة عدم الحيطة وعدم التبصر ، وبالتالى فا نمجرد الاهمــال يكفى لتطبيق المادة ٢٧٨ من قانون العقوبات(٦٦) ، وأنه لا يعفى من العقاب من أقام الدليل على أنه لا يرى وهو على هذه الحالة ، ويكفى أن يكون هناك اهمال أو عدم تبصر أو عدم احتياط من جانب الجانى(٦٧) •

والواقع أن الفقه فى مصر يتفق على أن جريمــة الفعل الفاضح من

---

=

وأنظر فيتى المطول السابق ، ص ١٥٢٧ ــ فوان المرجع السابق ص ٣١٨ جنرَال بولونيو ، المرجع السابق ص ٢٢٧ ــ وأنظر على الاخص جارسون ، المادة ٣٣٠ بند ١٢٦ وما بعدها ص ٨٣٨ خصوصا بند ١٣٥ وما بعدهــا • روسيليه وباتان المرجع السابق ص ٣٧٨ أما الفقيه الفرنسى جارو • فيرى أن القصد الجنائى ينحصر فى علم الجانى بأن فعله يخدش الحياء العام دون نظر لما اذا كان قد قصد خدش هذا الحياء علنا أم لا • وهو الرأى الراجح أنظر بند ٢٠٧٩ • فى المطول السابق الجزء الخامس ص ٤٦٦ وما بعدها وأنظار فــى تأييده حكم محكمة النقض فى مصر فى ١٩٤٣/٥/٣ القواعد القانونية ج ٦ ق ١٧٤ ص ٢٤٢ « يكفى أن يكون عالما بأن فعلته من شأنها أن تخدش الحياء »

(٦٦) محكمة الاقصر • جلسة ١٩١٣/١١/٢٧ منشور بعماد المراجع ص ٥٦٦ بند ٦ •

(٦٧) محكمة الاقصر جلسة ١٩٢٣/٣/٢٧ نفس المرجع • نفس الصفحة بنــد ٥ •

الجرائم العمدية ، التى يلزم فيها اتجاه ارادة الجانى الى ارتكاب الفعل علنا مع توافر علمه بأن من شأن فعلته خدش الحياء العام[68] • فيلزم أن يثبت تعمد الجانى اتيان الفعل[69] ، فاذا لم تتوفر لدى الجانى ارادة اتخاذ الفعل الذى وقع منه فلا يقوم القصد الجنائى ، كما لو وقع منه بتأثير المرض ( كالفتاة التى تخرج نصف عارية من بيتها ليلا تحت تأثير مرض النوم ) ، أو الضرورة ( كالتى تندفع من نومها عارية الى الطريق لتفادى النيران أو هربا من اعتداء زوجها )[70] أو الخطأ ( كمن يحرك يده فى مكان مزدحم فيلامس جسم امرأة على نحو مخالف للحياء العام )[71] ، أو الاكراه ( كما لو تمزقت ملابسه فى مشاجرة )[72] أو تحت تأثير التنويم المغناطيسى ، ولان الارادة تفترض العلم فان الشخص الذى تتمزق ملابسه على نحو يبرز منه عورة دون أن يدرى لا يتوفر فى حقه القصد الجنائى لتخلف ارادة الفعل فى تلك الصور جميعا •

---

(٦٨) أنظر • رمسيس بهنام المرجع السابق ص ٣٠٥ ــ محمود مصطفى المرجع السابق ص ٢٦٠ حسن المرصفاوى ، المرجع السابق ص ٦٧٢ ــ عبد المهيمن بكر ، المرجع السابق ص ٧١٧ ــ أحمد فتحى سرور ص ٥٢٧ ، ٥٢٨ ، عمر السعيد رمضان المرجع السابق ص ٣٥٥ ، حسنين عبيد المرجع السابق ص ١٩٢ •

وأنظر نقض ٣ مايو ١٩٤٣ القواعد القانونية ج ٦ ق ١٧٤ ص ٢٤٢ حيث قضت بأنه يكفى لتوافر القصد الجنائى فى جريمة الفعل الفاضح العلنى المخل بالحياء أن يكون المتهم عالما بأن فعلته من شأنها أن تخدش الحياء ، كمن يدخل دكان ويبول فى الحوض الموجود به ، فيعرض نفسه بغير مقتض للانظار بحالته المنافية للاداب يتوافر فى حقه القصد الجنائى •

(٦٩) ١٩٧٥/١٢/٢٩ أحكا م النقض س ٢٦ ق ١٩٦ ص ٨٩٢ •

(٧٠) انظر جارسون المرجع السابق مادة ٣٣٠ بند ١٤٦ ص ٨٣٩ •

(٧١) نجيب حسنى المرجع السابق ، ص ٤٤٣ •

(٧٢) المرصفاوى المرجع السابق ص ٢٧٦ •

ثم يلزم بعد ارادة اتيان الفعل المخــل بالحياء توافر علمه بســائر العناصر الاخرى التى يتألف منها الركن المادى وهى أن يكون عالما بأن من شأن فعله خدش الحياء العام،وهو ما يفترض علمه أولا بالطبيعة المنافية للحياء فى فعله وبامكان اطلاع الغير عليه ، فاذا كان الجانى لا يعلم بتلك الطبيعة انتفت مسئوليته لانتفاء علمه بالطبيعة المنافية للحياء فى فعلته ، فاذا كان قد اتخذ كافة الاحتيــاطات الكفيلة بمنع اطــلاع الغير على ما يفعل ، انتفت الجريمة ولو افتضح الفعل نتيجة حادث قهرى أو بسبب غير مشروع[73] .

ومتى قام القصد فلا عبرة فى القانون بالبواعث التى حدت بالفاعل الى اتيان فعلته ، يستوى أن تكون قد صدرت عنه أداء لدور تمثيلى ، أو محاولة منه لاظهار فنه[74] ، أو لرغبة منه فى الانتقام ، أو من باب الفضول،أو لارضاء شهوته الجنسية ، أو بسبب انحطاطه الاخلاقى[57] .

**١٩ ـــ جريمة الفعل الفاضح غير العلنى :**

تقررت هذه الجريمة بمقتضى المادة ٢٧٩ عقوبات[76] ، وهى ليست من الجرائم المقررة لحماية الحياء العام ، وانما هى جريمة احتياطيـــة يواجه بها المشرع حالة « وقوع فعل فاضح مخل بالحياء » دون أن تتوفر

---

(٧٣) نقض ١٩٦٨/١٢/٣٠ سابق الاشارة اليه • وفى المسألة على كل حال نقاش • عرض له ( ص ٤٤٠ وما بعدها ) الاستاذ الدكتور محمود نجيب حسنى تفصيلا وتفادينا الا ستطراد أكثر من ذلك لاعتبارات الخطة •

(٧٤)أحمد فتحى سرور المرجع السابق ، ص ٥٢٨ •

(٧٥) ادوارد غالى الدهبى ، المرجع السابق ص ٢٩٢ •

(٧٦) قررت يعاقب بالعقوبة السابقة ( المقررة للفعل الفاضح العلنى ) كل من ارتكب مع امرأة أمرا مخلا بالحياء ولو فى غير علانية •

له شروط العلانية التى سبق لنا أن حددناها ، بهدف حماية « الحيـــاء الخاص للانثى »[٧٧] التى يقع الفعل فى حضورها ، سواء انصب عليها فعل الجانى بأن أوقع الفعل عليها ، كما لو مس شعرها أو لامس جسدها من فوق الملابس ، أم أوقعة على نفسه ، أما اذا وقع الفعل على رجل فلا تتوفر هذه الجريمة « كما اذا قاد المجنى عليه شخصان فى غرفة مقفلة الابواب والنوافذ وقبله أحدهما فى وجهه ، وقبله الثانى على غرة منه فى قفاه وعضه فى موضع التقبيل ، فهذا الفعل لا يعتبر اذن هتك عرض ، كما أنه لا يدخـــل تحت حـــكم أى جريمـــة أخـــرى من جـــرائم افســـاد الاخلاق »[٧٨] •كما يلزم أن يكون الفعل واقعا علىانثى تكون مميزة على الاقل ، أيا ما كان حظها من الاخلاق ، اذ تقوم الجريمة اذا ارتكب الجانى فعلا مخلا بالحياء فى حضرتها[٧٩] • أما اذا كانت مجنونة أو غير مميزة ليس لديها قدرة ادراك دلالة تلك الافعال فلا تقوم الجريمة لانعدام العـــلة •

ويلزم أن يكون هذا الفعل قد وقـــع فى حضرة المرأة دون رضاها ، والرضا المعتبر فى مادة الاخلاق هو الصادر ممن تجاوز سنها الثامنـــة عشرة[٨٠] والفصل فى مسألة رضاء المجنى عليها أو عدم رضائها مسألة موضوعية تفصل فيها محكمة الموضوع فصلا نهائيا[٨١] •

---

(٧٧) وفى هذا تقول محكمة النقض المصرية أن يشترط لتوافر تلك الجريمة أن تتم بغير رضاء المجنى عليها حماية لشعورها وصيانة لكرامتها مما قد يقـــع على جسدها أو بحضورها من أمـــور مخلة بالحياء على الرغـــم منها • نقض ١٩٥٩/١١/٢ احكام النقض س ١٠ ق ١٧٨ ص ٨٣٤ •

(٧٨) نقض ١٩٣٤/١٠/١٥ القواعد القانونية جـ ٣ ٢٧٢ ص ٣٦٦ •

(٧٩) نجيب حسنى المرجع السابق ص ٤٥٤ •

(٨٠) نجيب حسنى ــ المرجع السابق ص ٤٥٥ •

(٨١) نقض ١٩٥٩/١١/٢ سابق الاشارة اليه •

وهذه الجريمة عمـدية •

## المبحث الثانى

## الجرائم المخصصة لحماية النظام العام من الانشطة الجنسية الخطرة

### ٢٠ ـ جرائم الدعـارة :

ولا شك أن هذه المجموعة من الجرائم تتنافى مع الاخلاق ، بل أنها على نحو أو آخر تقع ضد الاخلاق ، لكنها مع ذلك تنفرد بخصائص تجعل درجة الاثم والخطورة المنبعثة منها على النظام الاجتماعى العام أخطر بكثير من الخطر الواقع بها على الاخلاق ، فليس الامر فيها أمر اعتـداء وقع على « الحياء العام » أو « الاداب العامة » أو « العرض » مـن جانب شخص ارضاء لشهواته وتحقيقا لاسباب تخصه ، وانما نحـن بصدد جان يعمل لحساب غيره ، بصدد « قواد » يقوم بعملية « سمسرة فى الرذيلة » ووساطة « لاشاعة الفسـق وتسهيله » ، « وتجـارة فى الاشخاص » وبصدد « بغى » تقدم نفسها لارضاء شهوات الغير[٨٢] ، أو تقدم المساعدة الشخصية لوقوع الفسق • • • اننا بصدد « جـرائم الدعارة » ، بصدد تجارة وعملاء •

وليس هناك شك فى أن تجريم الدعارة لا يستمد مقوماته من قواعد الاخلاق واعتبارات تثبيت الفضيلة ، وانما يستمد تلك الاعتبارات من

---

(٨٢) انظر فى جرائم البغاء بوجه عام • دكتور محمد نيازى حتاتة ، جرائم البغاء دراسة مقارنة • رسالة مقدمة الى كلية الحقوق فى جامعة القاهرة ١٩٦١ • وأنظر كذلك لامبير ، المطول سابق الاشارة اليه ص ٦٦٠ وما بعدها •

كونه وضعا خطرا على النظام العام : على الامن العام والصحة العامة والآداب العامة ، بصرف النظر عن الفضيلة والاخلاق والضمير • أنــه وضع من شأنه أن يقوض النظام الاساسى للمجتمع فى اهداره لقيمــه الدينية والاخلاقية وتقويضه لنظمه الاجتماعية وعلى الاخص نظــامى الزواج والعائلة ، ثم أنه من جهة أخرى وسيلة غير مشروعة للعيش • ومن هنا كان ضروريا أن تتجه المجتمعات وأن تدعوا الاتفاقات الدولية الى الضرب بشدة على نشاط « البغى » و « القواد » حماية لاعتبارات عامة ، وكان ضروريا كذلك أن يضرب المجتمع على سائر أنواع الانشطة التى يكون من شأنها المعاونة أو المساعدة أو التحريض ، كنوع من أنواع التجريم التحوطى الذى يستهدف احكام الحماية الجنائية للنظام العام• وهو ما جاء به قرار رئيس الجمهورية بقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦١ فى شأن مكافحة الدعــارة[٨٣] •

**٢١ ـــ التجريم الاساسى للدعــارة :**

الجرائم الاســاسية التى قررها القانون لمكافحة الدعــارة ثلاثة : جريمة الاعتياد على ممارسة الفجور أو الدعارة وجريمة استغلال البغاء، وجريمة فتح أو ادارة محل للفجور أو الدعارة •

فأما عن جريمة الاعتياد على ممارسة الفجور أو الدعارة فقد تقررت بالمادة ٩/٣ من القانون المذكور ، بقولها « كل من اعتاد ممارسة الفجور أو الدعارة »[٨٤] وتتحقق تلك الجريمــة بمباشرة الفحشــاء مع الناس

---

(٨٣) حل هذا القانون محل القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١ .
(٨٤) تقول النقض بأن « البغاء كما هو معرف به فى القانون هو مباشرة =

بغير تمييـــز ، اذا كان ذلك على وجـــه الاعتياد[85] وهى من الجـــرائم العمدية ٠

أما جريمة استغلال البغاء فقد تقررت بالمادة ٦/٢ بقولها ( ب ) « كل من استغل بأية وسيلة بغاء شخص أو فجوره » ٠ ٠ وقد قصد المشرع بذلك أن يمد العقاب الى طائفة المستغلين للبغاء والفجور بأى وسيلة دون قيد بأن يكون الاستغلال مصحوبا بأى فعل يدل على الحماية أو التحريض أو المساعدة ٠ ٠ ٠ ودون اعتداد بقيام أية صـــلة بين المستغل ومرتكب البغاء ودون أهمية لما اذا كان فعـــل الاستغلال قد وقع مرة واحـــدة أو

---

=

الفحشاء مع الناس بغير تمييز فان ارتكبه الرجل فهو فجور وان ارتكبتـــه الانثى فهو دعارة ومن ثم فان النص ينطبق سواء مارس البغاء بالشقة المؤجرة رجل أو أنثى ٠ ٠ ٠ نقض ١٩٧٨/١/٢٩ س ٢٩ ق ١٩ ص ١٠٨ ٠

وقد تنازلت محكمة النقض عن شرط الاجر فى قيام الجريمـــة وقررت أن القانون لم يستلزم لتوافر الجريمـــة سوى الاعتيـــاد ٠ ٠ ٠ « ولم يستـــلزم لتوافرها أن تكون ممارسة الفجور أو الدعارة لقاء أجر وان كان الحصول عـــلى مقابل نظير ذلك قد يقوم قرينة على عدم التمييز بين الناس من قبول ارتكاب الفحشاء معهم » ٠

نقض ١٩٧٥/٥/١٢ احكام النقض س ٢٦ ق ٩٧ ص ٤٢٠ ٠

(٨٥) محكمة الموضوع هى التى تقدر توافر هذا الاعتياد « ولها أن تعتمـــد فى ذلك على اعتراف المتهمة فى محضر ضبط الواقعة من أنها تمارس الدعـــارة بالشقة المفروشة لقاء أجر تتحصل عليه اشترت منه السيارة المضبوطة ومـــن أقوال قاطنى الشقة بأنهما ارتكبا معها الفحشاء أكثر من مـــرة ٠ ٠ ٠ نقـــض ١٩٨٣/٢/٢٥ طعن رم ٢٣٧٧ لسنة ٥٣ ق ٠ ٠ لم ينشر بعد ٠

ويلاحظ أن معاشرة رجل لامرأة فى منزله معاشرة الازواج لا يعد من أعمال الفسق أو الدعارة المؤثمة ٠ ٠ ٠ لان المقصود بالتجريم هو مباشرة الفحشـــاء مع الناس بغير تمييز نقض ١٩٥٤/١٠/١٨ القواعد القانونية فى ٢٥ عـــاما جـ ٢ ص ٥٧٩ بند ٣١ ٠

عدة مرات[٨٦] • ويتحقق الاستغلال بحصول المستغل على كل أو بعض ما عاد على البغى من ممارسة الدعارة أو الفجور •

أما عن جريمة فتح أو ادارة محل للفجور أو الدعارة ، فقد قـررته المادة الثامنة من القانون بقولها « كل من فتح أو ادار محلا للفجور أو الدعارة أو عاون بأية طريقة كانت فى ادارته • • • » وشدد فى الفقرة الثانية العقوبة اذا كان مرتكب الجريمة من أصول من يمارسون الفجور أو الدعارة أو المتولين تربيته أو من له سلطة عليـه • • • » كما نصت المادة ١٠ على أنه « يعتبر محلا للدعارة أو الفجـور • • • كل مـكان يستعمل عادة لمارسة دعارة الغير أو فجوره ولو كان من يمارس فيـه الدعارة أو الفجور شخصا واحدا » •

ومحل الدعارة ، هو كل مكان يستعمل « عادة » لممارسة الدعارة أو الفجور ، ولو من شخص واحد غير صاحب المحل أو من يديره وتعتبر الزوجة من الغير فى حكم هذه المادة • ويمكن اثبات ركن « العادة » فى استعمال المحل للدعارة أو الفجور بكافة طـرق الاثبات[٨٧] وقد جعـل القانون من « فتح » هذه المحلات أو « ادارتها » أو « المعاونة » فى تلك

---

(٨٦) نقض ١٩٦٤/١٢/٧ أحكام النقض س ١٥ ق ١٠٥ ص ٧٨٧ •

(٨٧) نقض ١٩٧٩/٢/٢٢ أحكام النقض س ٣٠ ق ٥٧ ص ٢٨٥ • • •
فيجوز استخلاصه مما دلت عليه التحريات • • • وعلى أقوال الشاهد الذى ضبط فى حالة اتصال جنسى بالطاعنة الاولى فى احدى حجرات المسكن وعـلى ما قررته هذه الاخيرة والشاهد المذكور من سبق ترددهما على مسكن الطاعنة الثانية لممارسـة هذا الفعل مقابل أجـر وعلى اقرار الاخيـرة بذلك فى محضر الضبط •

نقض ١٩٧٨/٤/٩ أحكام النقض س ٢٩ ق ٧١ ص ٣٦٩ •

الادارة جريمة[٨٨] • وفتح المحل يعنى تخصيصه ليمارس الغير فيــه دعارته أو فجوره أيا ما كان قدر اعداده ، فكل ما يعنيه القانون هــو « رصد مكان مستور » فالملحوظ فى فتح المحل هو فكرة « التستر » لا فكرة « الراحة » أما ادارة المحل • فتعنى الاشراف عليه وتنظيم ســير الامور فيه • كترتيب المواعيد ، وتخصيص الامــاكن ، اما المعاونة على الادارة فتشمل كل مساعدة من شأنها المساهمــة فى الاشراف على المحل وتنظيمــــه[٨٩] •

وهذه الجريمة عمدية يلزم فيها ثبوت ارادة الجانى فى فتح المحل أو ادارته مع علمه بأنه محل مخصص لدعارة الغير أو فجوره •

## ٢٢ ــ التجريم التحوطى للدعــارة :

فى سبيل أحكام الحماية الجنائية للمجتمع من أخطار جرائم الدعارة، أقام المشرع شبكة وقائية من الجرائم من شأنها أن تضرب على المنافذ التى تعتبر على نحو أو آخر مصدرا لمختلف جرائم البغاء منها •

١ ــ جريمة التحريض على الدعارة أو الفجور أو المساعدة عليها أو تسهيلها لشخص ذكرا كان أم أنثى[٩٠] •

---

(٨٨) ومن المفهوم أن فتحها أو ادارتها يكون لدعارة الغير أو فجوره ، فاذا كان صاحب المحل قد اتخذه مكانا لممارسة فجوره أو دعارته هو نفسه فلا تنطبق الجريمــة •

(٨٩) من صورها أن يتفــق شخص مع مدير المحــل على استخدام تليفونه فى تحديد المواعيــد •

(٩٠) من تطبيقات النقض « اذا كان الحكم قد استفاد تحريض المتهمــة للانثى على الدعارة من كونها صحبتها الى الشخص الذى اتخذ محله مكانا لالتقاء الجنسين وأنها قدمتها لشخص آخر ورافقتهما الى السيارة التى ركبــاها =

٢ — جريمة استخدام شخص أو استدراجه أو اغرائه بقصد ارتكاب الفجور أو الدعارة باعتبارها مراحل تحضيرية للقوادة والاتجار بالاشخاص ، وقد جعل منها القانو نجرائم مستقلة(٩١) .

٣ — جريمة تحريض شخص ( ذكرا لم يتم ٢١ سنة أو أنثى ايا كان عمرها ) على مغادرة البلاد ، أو تسهيل ذلك له أو استخدامه أو مصاحبته ، أو مساعدته على ذلك مع علمه به ، للاشتغال بالفجور أو الدعارة ( م ٣ )(٩٢) .

---

=

معا ليرتكب معها فعل الفحشاء وأوصته بأن يعود بها فى موعد معين — فان استخلاصه يكون مقبولا · نقض ١٩٥٦/١/٩ أحكام النقض س ٧ ص ٢ ص ٩ · ولا يشترط لقيام هذه الجريمة ارتكاب الفحشاء بالفعل نقض ١٩٧٠/١٢/٢٧ أحكام النقض س ٢١ ص ١٢٦٣ وهو أمر موضوعى لقاضى الموضوع ، وركن الاعتياد ليس شرطا نقض ١٩٧٣/١١/١٣ أحكام النقض س ٢٤ ق ٢٠٠ ص ٩٧٢ ·

لا يشترط القانون لجريمة تسهيل البغاء أن يكون بطريقة معينة انما جاء النص بصفة عامة يفيد ثبوت الحكم على الاطلاق بحيث يتنازل شتى صور التسهيل ·

نقض ١٩٨١/١١/١٩ طعن رقم ٦٤٨ س ٥١ ق · لم ينشر بعد ·

(٩١) انظر محمد نيازى حتاته المرجع السابق ص ٤٠٥ ·

(٩٢) العبرة فى جرائم القوادة الدولية بقصد الجانى نفسه لا بقصد المجنى عليها ، وبالتالى فان الجريمة تتحقق ولو كان الغرض الذى ادركته المجنى عليها من نقلها غرضا مشروعا ما دام الجانى يضمر غرضا آخر هو البغاء ، كما أن استخدام المجنى عليها لمباشرة الدعارة عقب وصولها مباشرة لا يلزم بل يكفى أن يكون الجانى قد انصرف قصده الى استخدامها فى عمل من شأنه أن يؤدى بها فى النهاية الى ممارسة البغاء — نقض ١٩٧٤/٢/٢٣ أحكام النقض س ٢٥ ق ٣٨ ص ١٦٩ وقد قضى على سيدة بجريمة المساعدة على مغادرة ثلاث فتيات البلاد للاشتغال بالدعارة فى الخارج · وصادقت محكمة

=

٤ ــ جريمة ادخال شخص أو تسهيل ادخاله الى اراضى القطر لارتكاب الفجور أو الدعارة ( م ٥ ) .

٥ ــ جريمة معاونة الانثى على ممارسة الدعارة ولو عن طريق الانفاق المالى ( م ٦/١ )[٩٣] .

٦ ــ جريمة استبقاء شخص ، بالخداع أو القوة أو التهديد أو باساءة استعمال السلطة أو بأية وسيلة من وسائل الاكراه ، ذكرا كان أو انثى بغير رغبته فى محل للفجور أو الدعارة ( م ٢/٢ ) .

٧ ــ جريمة تأجير أو تقديم منزلا أو مكانا ــ بأية صفة كانت ــ يدار للفجور أو للدعارة أو لسكنى شخص أو أكثر اذا كان يمارس فيه الفجور أو الدعارة مع علمه بذلك . وهذا معناه أن القانون يؤثم حالتين : أولاهما تأجير او تقديم منزل أو مكان لادارته للفجور أو للدعارة

---

=

النقض على ثبوت الاتهام فى حقها من « اعترافها أمام الشرطة أنها زوجة المتهم الاول . . وواضح من الاوراق أنها على علم بغرض المتهم من الزواج من هؤلاء الفتيات وأنه كان يبغى من وراء ذلك استغلالهن فى ممارسة الدعارة وأية ذلك أن الشاهدة . . . قابلتها بعد طلاقها من المتهم الاول وأخبرتها أن مطلقها حاول استغلالها فى البغاء ولكنها رفضت فكذبتها المتهمة وأكدت لهـا أن المتهم الاول ما كان ليتزوج الفتيات الا لتشغيلهن فى البغاء . نقض ١٩٨٢/٣/١٦ طعن رقم ٨٢٢ س ٥٢ ق . لم ينشر بعد .

(٩٣) وقد حددت محكمة النقض نطاق تطبيق هذه الجريمة وقصرتها على « الانثى » التى تمارس الدعارة والتى تمهد لها صورة معينة من صور المساعدة والتسهيل هى المعاونة التى تكون وسيلتها الانفاق المالى بشتى سبله سواء أكان كليا أو جزئيا نقض ١٩٦٣/٤/٢٣ أحكام النقض س ١٤ ص ٣٤٨ .

مع العلم بذلك وهى ما يلزم لقيامهـا علم المؤجر أو مقدم المـكان بأنه سيدار للفجور أو للدعارة وأن يدار بالفعل لهذا الغرض على وجه الاعتياد وثانيهما تأجير أو تقديم منزل أو مكان لسكنى شخص أو أكثر لممارسة البغاء فيه مع العلم بذلك ، وكان البغاء كما هو معرف به فى القانون هـو ممارسة الفحشاء مع الناس بغير تمييز فان ارتكبه الرجل فهو فجور وان قارفته الانثى فهو دعارة ومن ثم فان النص ينطبق سواء مارس البغاء بالشقة المؤجرة رجل أو أنثى متى علم المؤجر بذلك ولو ارتكب الفعـل مرة واحـدة(٩٤) .

٨ ــ جريمة تسهيل الدعارة أو الفجور فى المحلات المفروشـة أو المفتوحة للجمهور ( م ٢/٩ ) وهى تعاقب كل من يملك أو يدير منـزلا مفروشا أو غرفا مفروشة أو محلا مفتوحا للجمهور ويكون قد سـهل « عادة » الفجور أو الدعارة سواء بقبوله اشخاصـا يرتكبون ذلك أو بسماحه فى محله بالتحريض على الفجور أو الدعارة .

٩ ــ جريمة استخدام اشخاص ممن يمارسون الدعارة أو الفجور من قبل مستغلى أو مديرى المحال العامة ، أو محال الملاهى العمومية أو أى محل آخر مفتوح للجمهور لتسهيل ذلك لهم أو بقصد استغلالهم فى ترويج محله ( م ١١ ) .

١٠ ــ جريمة الاشتغال أو الاقامة فى محل للفجور أو للدعارة مع العلم ذلك ( م ١٣ ) .

١١ ــ جريمة الاعلان بأية طريقة من طرق الاعلان عن دعوة تتضمن اغراءا بالفجور أو الدعارة أو لفت الانظار الى ذلك ( م ١٤ ) .

---

(٩٤) نقض ١٩٨٠/٢/٤ أحكام النقض س ٣١ ص ١٨٢ .

# الفصل الثانى

## مضمون الحماية الجنائية للعرض
## أو خصائص التصرف الجرمى المتضمن عدوانا على العرض

### ٢٣ ــ الموقف التشريعى والمصلحة المحمية قانونا :

تقررت الحماية الجنائية للعرض فى القانون المصرى بالمواد ٢٦٧ ، ٢٦٨ ، ٢٦٩ ، ٢٩٠ عقوبات • فقد قضت المادة ٢٦٧ أنه « من واقع أنثى بغير رضاها يعاقب بالاشغال الشاقة المؤقتة • • فاذا كان الفاعل من أصول المجنى عليها أو من المتولين تربيتها أو ملاحظتها أو ممن لهم سلطة عليها • أو كان خادما بالاجرة عندها أو عند من تقدم ذكرهم يعاقب بالاشغال الشاقة المؤبدة ، كما قضت المادة ٢٩٠ بعقوبة الاعدام اذا اقترنت بهذه الجناية ، جناية خطف بالتحيل أو الاكراه على الانثى المغتصبة ، كما قضت المادة ٢٦٨ ع أن كل من هتك عرض انسان بالقوة أو التهديد أو شرع فى ذلك يعاقب بالاشغال الشاقة من ثلاث سنين الى سبع واذا كان عمر من وقعت عليه الجريمة المذكورة لم يبلغ ست عشر سنة كاملة أو كان مرتكبها ممن نص عنهم فى الفقرة الثانية من المادة ٢٦٧ يجوز ابلاغ مدة العقوبة الى الحد الاقصى المقرر للاشغال الشاقة المؤقتة واذا اجتمع هذان الشرطان معا يحكم بالاشغال الشاقة المؤبدة ، ونصت المادة ٢٦٩ بأن كل من هتك عرض صبى أو صبيه لم يبلغ سن كل منهما ثمان عشرة سنة كاملة بغير قوة أو تهديد يعاقب بالحبس واذا كان سنه لم

يبلغ سبع سنين كاملة أو كان من وقعت منه الجريمة ممن نص عليهم فى الفقرة الثانية من المادة ٢٦٧ تكون العقوبة الاشغال الشاقة المؤقتة •

ومن جماع تلك النصوص يتضح أن المشرع المصرى يعتبر «العرض» « حقا » يجوز لصاحبه أن يتصرف فيه « بالرضا الصحيح الصادر ممن يملك الملكات العقلية والذهنية القادرة على فهم المغزى الحقيقى لرضائه ودلالته » فان صدر الرضاء ممن لا يملكها[1] ، سواء بسبب صغر السن أو فقدان العقل ، أم سواء بسبب انحطاط عابر اصـــاب ملكاته العقلية بسبب طارىء أو قوة قاهرة ، أم سواء لانعدام قدرته على الاختيار تحت تأثير الاكراه ( وما يأخذ حكمه من مباغته أو غش أو خديعة ) أو الضرورة، فلا اعتداد برضائه قانونا باعتباره صادرا عمن لا يملك أهليته • ومن هنا فان غياب الرضاء الصحيح الصادر عن ارادة حرة ممن يملكه يعتبر ركنا من أركان جرائم الاعتداء على العرض على نحو لا تقوم لها فى الاصل قائمة بدونه •

وعلى هذا الاساس يمكن القول بأن المشرع المصرى قد انحـــاز فى تقريره للحمـــاية الجنائيـــة للعرض الى « المفهوم الاجتمـــاعى » دون « المفهوم الاخلاقى » ، لانه لم يصغ احكامه على أساس توفير « حماية للجسد من كل ممارسة جنسية غير مشروعة » سواء وقعت دون رضـــاء صاحبه باعتبار أن فى ذلك اعتداء على العرض ، أم برضاء صاحبه باعتبار

---

(١) هذه الاهلية شىء سن الاهلية المعتبر للمسئوية الجنائية شىء آخر ، فأهية التصرف فى العرض لا علاقة لها بمبدأ المسئولية ، فذلك أمر يتعـــلق بالجانى ، بينما أهلية التصرف فى العرض فكرة تخص المجنى عليه •

أن فى ذلك تفريطا فى العرض • وانما هو فقط أسبغ حمايته على الجسد ليصونه فقط من كل « ممارسة جنسية غير مشروعة تقـــع عليه من الغير برغم الارادة أو دونها » لما فى ذلك من اعتداء على حـــرية الانســـان الجنسية ، أو على حريته فى التصرف فى عرضه ، ومن هنا فان القـــانون ينظر الى « صيانة العرض » على أساس أنه حق لصاحبه ، وليس ـــ كما توجب الاخلاق ـــ حقا له وواجبا عليه[٢] •

واذا كان مفهوم القانون قد أخرج من نطاق الحماية المقررة قانونا للعرض ، الممارسات الجنسية الرضائية ولو كانت غير مشروعة[٣] فان المبادىء العامة للقانون الجنائى تخرج كذلك من نطاق الحماية « الممارسات الجنسية القسرية اذا كانت مشروعة » ما دامت فى نطاق ممارسة الحق بغير تجاوز ، وذلك لانعدام خصيصة « العدوان » أو « البغى » التى يرتبط بها التجريم وجودا وعدما •

ومن خلال ذلك التحليل يتضح أن التصرف الجرمى المتضمن عدوانا على العرض يلزم وفقا للقانون أن تتوفر فيه ثلاث خصائص ، الاولى أن يتضمن مساسا بالعرض ، والثـــانى أن لا يكون هـــذا المساس مشروعا والثالث أن يكون هذا المساس غير رضائى •

وسوف نرى من بعد أن هذا التصرف يدخل تحت دائرة التجـــريم

---

(٢) انظر فى المقدمة معنى المفهوم الاخلاقى والمفهوم الاجتماعى للعرض وأنظر كذلك معنى الممارسة الجنسية •

(٣) لا يستثنى منها الا جريمة الزنا ، وقد أوضحنا من قبل أن تجريمها يستند الى اعتبارات أخرى لا علاقة لها بمادة العرض •

اما تحت مفهـوم المواقعـة أو الاغتصـاب ، واما تحت مفهوم هتـك العرض(٤) .

---

(٤) سنرى فى الباب الثانى أن هذا العدوان يتخذ قانونا واحدا مـن شـكلين .

١ - الوقاع أو الاغتصاب : ويتحقق حينما يتخذ التصرف الجنسى شكل الوطء الطبيعى الكامل . وقد اعتبره القانون جناية عقوبتها الاشغال الشاقة المؤقتة - ولهذه الجريمة ظرفان مشددان .

أ ) اذا وقع الاغتصاب على الانثى من أحد أصولها أو من المتولين تربيتها أو ملاحظتها أو ممن لهم سلطة عليها ، ومن الخادم بالاجرة عنـدها أو عند من تقدم ذكرهم وتكون العقوبة الاشغال الشاقة المؤبدة ( م ٢٦٧ ) .

ب ) اذا وقع الاغتصاب على أنثى مخطوفة بالتحيل أو الاكراه . أى اذا اقترنت به جناية خطف بالتحيل أو الاكراه ( م ٢٩٠ ) .

٢ - هتك العرض : ويتحقق حينما يتخذ التصرف الجنسى عـدوانا على العرض باستثناء الوطء الطبيعى الكامل الواقع من رجل على أنثى . وهـذه الجريمة تشـكل :

أ ) جنحة عقوبتها الحبس اذا وقعت « دون » الرضا المعتبر قانونا ، صبى أو صبية لم يبلغ سن كل منهما ثمان عشرة سنة كاملة ) ( م ٢٦٩ ).

ب ) جناية عقوبتها الاشغال الشاقة من ثلاث الى سبع اذا وقعت برغم الارادة المعتبرة قانونا ( بالقوة أو بالتهديد ) ( م ٢٦٨ ) .

ج ) جناية عقوبتها الاشغال الشاقة المؤقتة . اذا وقعت :

- دون الرضا المعتبر قانونا على صبى أو صبية لم يبلغ ٧ سنين كاملة أو كان الجانى أحد أصولهما أو من المتـولين تربيتهما أو ملاحظتهما أو ممن له سلطة عليهما ، أو مـن الخادم بالاجرة عندهما أو عند أى ممن تقدم ذكرهم .
- برغم الارادة المقيدة قانونا ( بالقوة والتهديد ) على صبى أو صبية لم يبلغ سنه ١٦ سنة كاملة أو كان الجانى مـن الطوائف المذكورة .

د ) جناية عقوبتها الاشغال الشاقة المؤبدة : اذا وقعت رغم الارادة ( بالقوة أو التهديد ) على من لم يبلغ سنه ١٦ سنة كاملة مـن أحد أصـوله أو . . .

## المبحث الأول

## فى مساس التصرف بالعرض

### ٢٤ ـ الطبيعة الذاتية للتصرف الماس بالحياء :

فكرة «الممارسة الجنسية» باعتبارها فكرة جامعة تضم بين دفتيها سائر الافعال التى تعد ـ اجتماعيا ـ استجابة لنداء جنسى ، بصرف النظر عن درجة الفحش فيها ، وعن تقدير الفاعل لها أو المفعول فيه أو أمامه • هى وحدها القاسم الذى تشترك فيه سائر الجرائم المقررة قانونا لحماية « الاخلاق » عموما ، العامة منها والفردية •

وقد رأينا كيف أن « الاخلاق العامة » قد القت على عاتق الكافة التزاما بالتدثر بالحشمة والحياء العام ، وهو التزام لا يتأتى الوفاء به الا « باخفاء » سائر صنوف الممارسات الجنسية المشروعة منها وغير المشروعة ، وسائر الافعال ـ والاقوال ـ التى تنطوى فى ذاتها أو فى الظروف التى اتخذت فيها على ايماءات منعكسة على تلك الممارسة بطريق الرمز أو التعبير أو النداء أو التحريض عن أعين المجتمع وعن أذانه[٥] • وقد ظهر من دراستنا كيف أن القانون قد قرر الحماية الجنائية الكفيلة بحماية المجتمع وصيانة حقه فى « الحياء العام » من كل سلوك فردى

---

(٥) والا عد مرتكبا اما لجريمة :
١ ـ التعرض لانثى على وجه يخدش حياءها بالفعل أو بالقول •
٢ ـ تحريض المارة على الفسق باشارات أو أقوال •
٣ ـ جريمة من جرائم الاخلال بالاداب العامة •
٤ ـ جريمة الفعل الفاضح العلنى •
٥ ـ جريمة الفعل الفاضح غير العلنى فى حضرة امرأة •

يكون من شأنه — اجتماعيا — اذا اتخذ علنا ، أن يحمر له وجه « الكافة » حياء وخجلا • ومن هنا كانت « علانية الفعل » ركنا أساسيا من أركان الجريمة والمناط الاساسى لتجريمها ، فالقانون لا يعاقب هنا على الفعل المرتكب فى ذاته — فقد يكون ارتكابه بالنسبة لاطرافه مشروعا أو رضائيا — وانما يعاقب على العلانية التى تصاحبه[٦] ، على اتخاذه تحت نظر العامة أو سمعهم ، دون نظر لما اذا كان ارتكابه قد سبب ضررا لشخص بذاته أو لم يسبب •

وقد أوضحنا فيما سبق ، أن « توحد رد الفعل الاجتماعى » تجاه الفعل المتخذ هو وحده المعيار الفاصل بين الافعال الماسة بالحياء العام وبين غيرها من الافعال المباحة أو المجرمة بأوصاف أخرى ، بصرف النظر عن تقدير الفاعل أو المفعول فيه أو المفعول أمامه لدلالة الفعل وبصرف النظر عن مرامى أى منهم • فكل فعل يتخذ تحت سمع العامة أو تحت بصرهم ويكون تقديرهم لدلالته أنه نوع من أنواع الممارسة الجنسية ، أو من أنواع التحريض عليها أو التعبير عنها أو الرمز اليها أو النداء تعد فعلا مخلا بالحياء العام،ولو كانت مرامى الفاعل لا علاقة لها بالجنس عن قرب أو عن بعد ، وبالعكس فان الفعل المتخذ استجابة لنداء جنسى حار، كضرب المرأة علنا على غير عورة اشفاء لسادية عند الضارب أو ما سوكيزم عند المضروبة ، لا يشكل فعلا مخلا بالحياء ، لان « التقدير الاجتماعى »

---

(٦) يعبر الفقيه الفرنسى جارو عن تلك الفكرة بقوله « ان القانون لا يعاقب هنا على الفعل فى ذاته وانما على العلانية التى تصاحبه ، • • • كما أنه يعاقب على وقوعه تحت نظر العامة لا لانه يسبب ضررا لشخص بذاته » انظر المطول السابق الاشارة اليه ، ص ٤٣٥ •

للفعل يخرجه من نطاق الافعال الماسة بالحياء ، رغم أن اطرافه يلتمسان به اشفاء ظمأ جنسى •

وتقدير اخلال الفعل بالحياء أمر موضوعى يترخص فى تقديره قاضى الموضوع باعتباره فكرة قابلة لان تتنـــوع وتتفاوت بتفاوت البيئـــات والاوساط واستعداد أنفس أهليها وعاطفة الحياء عندهم للتأثر •

**٢٥ ــ الطبيعة الذاتية للتصرف الماس بالعرض :**

أوضحنا فيما سبق أن للعرض مفهومان : مفهوم اخلاقى ومفهوم اجتماعى •

فأما المفهوم الاخلاقى للعرض ، فمقصود به «صيانة الجسد عن كل ممارسة غير مشروعة للجنس» وهو مفهوم يستقيم على أساس اخلاقى مؤداه أن « نقاء العرض » ليس فقط « حقا » لصاحبه فى مواجهة غيره ، وانما هو كذلك « واجب » عليه فى مواجهة نفسه وينبنى على هذا المفهوم أن كل ممارسة غير مشروعة للجنس ــ أيا ما كانت درجة الفحش فيها ــ تقع على الجسد من فرد أو على فرد تشكل جريمة من جرائم « الاعتداء » على العرض يكون فيها الفاعل والمفعول به جان الا من كان منهما مكرها أو مخطئا أو فاقد للتمييز ، الفاعل لانه اعتدى والمفعول فيه لانه فرط •

ويترتب على تطبيق هــذا المفهوم اعتبار سائر أنواع الممارســات الجنسية ما كان منها اتصالا أو تمهيدا أو اثارة • ما دام محلها جســد انسان ، مساسا بالعرض ، لا يفلت منها الا المساس فى حلال •

أما المفهوم الاجتماعى للعرض ، فمقصود به مجرد « حماية الجسد

من كل ممارســة غير ارادية للجنس » وهو مفهوم يقوم على أســاس اجتماعى مؤداه تمتع أفراد المجتمع « بالحرية الجنسية La liberté Sexuelle » ، أى بحــرية التصرف فى العــرض ، ولت يعــد « نقــاء العرض » « واجبا » على كل شخص فى مواجهة نفسه ، وانما صــار فقط مجرد « حق » لصاحبه فى مواجهة غيره ، وهو بعد ذلك حق قــابل للتصرف بالارادة المعتبرة قانونا ، دون أن يأخذ القانون على صــاحبه تفريطه فى صيانته وأندثر تماما الارتباط الذى كان قائما بين المشروعية والعرض ، ولم يعد يهم القانون أن تكون الممارسات الجنسية داخــل المجتمع مشروعة ، وانما انصرف اهتمامه الى مجرد « حمــاية الحرية الجنسية » فتقلص مفهوم العرض فى القانون عند حد « حماية الجسد من كل ممارسة غير ارادية للجنس » ٠

وقد انبنى على هذا المفهوم عدم الجريمة فى سائر صنوف الممارسات الجنسية غير المشروعة — ايا ما كانت درجة الفحش فيهــا — ما دامت هذه الممارسة قــد استندت على الارادة المعتبرة قانونا(٧) ٠ وأقتصرت فكرة التصرف الماس بالعرض قانونا فقط عند حد الممارسات الجنسية التى تقع دون الارادة المعتبرة قانونا أو برغمها ، وكان بديهيا والحال كذلك أن تظهر فكرة الجانى والمجنى عليه فى جرائم العرض ٠

ويترتب على تطبيق هذا المفهوم اعتبــار سائر صنوف الممارســة الجنسية التى تقع على جسد شخص دون أن تتوفر له الارادة المعتبرة

---

(٧) نذكر من جديد أن جريمة الزنا خرجت عن هذا التعميم بالمصادفة ، حماية لاعتبارات لا علاقة لها بالعرض فى ذاته ٠

قانونا أو برغمها مساسا بالعرض[٨] ، وبصرف النظر عن فكرة الارادة ، التى سوف نتولى معالجتها استقلالا ، فان فكرة المساس بالعرض قد لخصها القانون المصرى والفرنسى فى كلمتين « المواقعة » و « هتك العرض » فمتى يكون التصرف ماسا بالعرض على هذا النحو ٠

## ٢٦ ـ ضوابط المساس بالعرض :

اذا كان التصرف الماس بالحياء ، هو التصرف الذى يكون من شأنه

---

(٨) قد ينتقد البعض تسمية هذا المفهوم بالمفهوم الاجتماعى ، لا سيما وأن تلك التسمية توهم بأن القانون قد استعار عن الناس مفهومهم للعرض ورتب له الحماية ٠ ٠ ٠

والواقع أن هذا هو ما حدث بالفعل فى فرنسا ومعظم دول أوربا ، استعار قانونهم من داخلهم فكرتهم للعرض وارتباطه بالارادة ليس أكثر ٠ ٠ ٠ وبالتالى فان بامكانهم أن يقولوا بضمير مستريح أنهم يحمون العرض كما يريد له المجتمع أن يحمى ٠

والامر عندنا ليس كذلك ، لا لاننا أكثر منهم اخلاقا وتمسكا بالدين، وانما لانهم رأو فى نضج ارادتهم ما يسمح بالتعويل عليها فى حماية المقدسات الدينية والاخلاقية ٠ ٠ ٠ وبالتالى فان تلك الفكرة مفهومة عندهم تماما ٠

أما فى مصر فالفارق بين مفهوم الناس للعرض ومفهوم القانون له شاسع، فالحرية الجنسية لفظ غريب على أذن المجتمع المصرى الذى لا يزال ـ برغم كل شىء ـ يربط العرض بالعار ، بل أنه لا يجد فى كل هموم الدنيا ما يستحق ربطة بالعار الا العرض ، على نحو يمكن معه أن نؤكد بأن مفهوم القانون للعرض ومفهوم الناس له على طرفى نقيض ٠

فالناس فى بلادى لا يتخيلون ، أن اللواط ، والسحاق ، ومواقعة البهائم ، وزنا المحارم ، والزنا بغير زوجة ٠ ٠ ٠ كلها أمور مشروعة فى نظر القانون الجنائى ما دامت تستند الى ارادة معتبرة قانونا ٠ ٠ ٠ وما دامت لا تقع علنا ٠ ٠ ٠ أن مهمة القانون أن يكون تعبيرا عن ارادة المجتمع ورسالته فى أن يأخذ بيد افراده ٠ ٠ ٠ وأن يستغل فيهم تلك العواطف النبيلة المستمدة من الدين والاخلاق فيثبتها ، ولا يجوز منه أن ينصرف عنها ٠

ـ اجتماعيا ـ اذا اتخذ علنا أن يحمر له وجه الكافة حياء وخجلا ، فـان التصرف الماس بالعرض،هو التصرف الذى يكون من شأنه ـ اجتماعيا ـ أن يندى له جبين مرتكبه خزيا وعارا لو صدر اراديا • لكن هـذا القول المرسل يحتاج الى انضباط أكثر •

فاذا كان العرض لغة يعنى الجسد ، فان المساس بالعرض يتضمن اصطلاحا ، مساسا على نحو ما بالجسد ، ومن هنا فان التصرف الجرمى الذى يشكل اعتداء على العرض يفترض افتراضا « المساس بالجسد بفعل يقع مباشرة عليه » • فليس هناك مجال للحديث عن مساس بالعرض ما لم تكن هناك صلة مباشرة بين الفعل الواقع من الجانى وجسد المجنى عليه • لكن هذا الشرط وحده لا يكفى لتحقق فكرة المساس بالعرض ، فقد رأينا أن الفعل الفاضح العلنى وان تحقق عادة بفعل يوقعه الجانى على نفسه الا أنه قابل ـ فى احدى صوره ـ لان يقع بفعل يوقعه الجانى على جسد غيره ، ثم أن هناك من الجرائم ما ينصب آذاها المباشر على جسد المجنى عليه وهى الجرائم المخصصة لسلامة البدن من الايذاء • والواقع أن ما يميز التصرف الجرمى المتضمن عدوانا على العرض هو انطواء هذا التصرف المتصل مباشرة بجسد المجنى عليه فى ذاته على فكرة المساس بالعرض وفق التقدير الاجتماعى لدلالة التصرف الواقع •

وليس هناك شك فى تقـدير المجتمع للدلالة الماسـة بالعرض ، اذا اتخذ التصرف الوقع على جسد المجنى عليه شكل « ايلاج ذكر لقضيبه فى فرج انثى » • وهو ما عبر عنه القانون « بالمواقعة » لكن التقـدير الاجتماعى لما دون الوقاع من تصرفات ماسة بالعرض والتى تخير لها القانون تعبير هتك العرض هو الذى يحتاج الى تحديد •

وقد اجمع الفقه فى مصر على أن التصرف لا يكون هاتكا للعرض الا اذا توفر له أمران : أولهما أن يكون ماسا بجسم المجنى عليه وثانيهما أن يكون اخلاله بحياء المجنى عليه جسيما[9] ، أو فاحشا •

**٢٧ ــ ضابط المساس بالجسد : « الملامسة » أو « الكشف » :**

فيلزم أولا ، لكى يكون التصرف منطويا على مساس بالعرض أن « يمس بجسد المجنى عليه » ، وهذا معناه أن « الاقوال » و « الاشارات » و « الكتابة » و « الرسم » و « التصوير » و « النشر » و « العرض » بل و « الافعال التى يأتيها الجانى على نفسه » أو « على غيره برضاه » لا تكون لها الصلاحية الذاتية للمساس بالعرض ، لانها لم تتصل مباشرة بجسد المجنى عليه ، وان كانت لها صلاحية المساس بالحياء العام أو الآداب العامة •

وعلى هذا قد يكون ما وقع من الجانى مشكلا لاحدى الجرائم الواقعة ضد الاداب العامة أو الحياء العام ، لا من الجرائم الواقعة ضد العرض

---

(٩) انظر محمود مصطفى ، المرجع السابق ص ٢٤١ وما بعدها ــ رمسيس بهنام المرجع السابق ص ٢٩١ وما بعدها ــ حسن المرصفاوى المرجع السابق ص ٦٥٥ ، ٦٥٦ ــ نجيب حسنى المرجع السابق ــ ص ٣٧١ وما بعدها ــ عبد المهيمن بكر المرجع السابق ، ص ٦٨٧ وما بعدها ــ عمر السعيد رمضان ، المرجع السابق ص ٣٣٩ ، ٣٤٠ ــ أحمد فتحى سرور المرجع السابق ص ٥١٨ ، ٥١٩ ــ حسنين عبيد ، المرجع السابق ص ١٧٢ وما بعدها •

وانظر فى الفقه الفرنسى • جارو المطول سابق الاشارة اليه ، ص ٤٨١ ــ جارسون مادة ٣٣١ ــ ٣٣٣ ، ص ٨٤٩ بند ٥٢ أندريه فيتى المطول السابق ص ١٥١١ وما بعدها لامبير المطول السابق ص ٦٨٨ وما بعدها ــ فوان المرجع السابق ص ٣١٠ •

اذا كان ما صدر عنه صياحا أو غناء أو خطـابا ، أو تأوها ، أو اشـارة جنسية فاضحة ، أو منشورا أو اعلانا أو محررا ، أو رسما أو صورة ، أو نشرا ، أو عرضا سينمائيا و تليفزيونيـا ، ولو تعلق الامر بافعـال جنسية كاملة ولو تعلقت بشخص من وجهت اليه من غير لبس بالاسـم والصوت والصورة •

كما لا يعتبر هتكا للعرض أن يتعرى رجل أمام امرأة عريا كاملا ، أو أن تتعرى هى أمامه برضاه أو بغير رضاه ، أو أن يستخرج قضيبه أمامها وأن يستمنى فى حضرتها ، أو أن يقوم أمامها بممارسة الجنس كاملا مع زوجة أو مع شخص آخر برضاه ، ذكرا كان هذا الشخص أم أنثى فهذه الافعال التى يوقعها الجانى على نفسه أو على غـيره — بارادته المعتبرة قانونا — لا تشكل هتكا لعرض من رأى أو سمع لان هذه الافعال وغيرها ، مما يتحد معها فى الطبيعة ، ليست صالحة لعدم اتصالها بجسد المجنى عليه لان تمس عرضه وان كانت — اذا توافـرت العلنية أو كان الفعل واقعا غير علنى فى حضرة امرأة — صالحة لان تشكل احدى الجرائم المنافية للحياء العام •

ومن هنا فليس هناك مجال لاى خلط بين هتك العرض ، وبين الفعل الفاضح العلنى الذى يقع بعمل يوقعه الجانى على نفسه •

والضابط فى التفرقـة بين الافعال التى تمس بجسـد المجنى عليه وتكون لها بالتالى صلاحية المساس بالعرض ، وتلك التى لا تمس به ولا تكون بالتالى صالحة لان تقوم بها جريمة من جرائم العرض لا تكمـن فى فكرة « الملامسة » وحدها وانما كذلك فى « امتداد الفعل واستطالته

الى عورة المجنى عليه بالكشف عنها » وبالتالى فان فكرة المساس بالجسد تتحقق ولو اقتصر فعل الجانى على كشف أو ارغام المجنى عليه على أن يكشف ما ينبغى عليه ستره من جسده ، ولو لم يصاحب هذا الكشف أية ملامسة مخلة بالحياء ، اذ فى هذا الكشف فى ذاته هتكا لعرضه وكشفا لما ينبغى عليه أن يستره من عوراته • وعلى هذا قضت محكمة النقض المصرية بتوافر هتـك العرض فى مجرد رفع ثياب امـرأة حتى خصرها وتعريض جسمها للنظر فترة من الزمن[10] ، وفى تمزيق ملابس المجنى عليهم حتى صاروا عراة تماما وارغامهم على النزول الى مياه الترعة ثم أرغامهم على الخروج منها الى الطريق العام ليطلع على عوراتهم جمهور الناس[11] وفى تصويب الجانى لمسدسه نحو المجنى عليهما وتهديده لهما باطلاق النار عليهما اذا ام يخلعا سروايهما فقاما بخلعهما وكشفا عـن عوراتهما[12] وفى تمزيق شخص للباس غلام من الخلف اذ كشف بذلك جزءا من جسمه هـو من العورات • • • وكشف هـذه العورة على غير أرادة المجنى عليه بتمزيق اللباس الذى كان يسترها يعتبر فى حد ذاته جريمة هتك عرض تامة ولو لم يصاحب هذا الفعل أية ملامسة مخـلة

---

(١٠) نقض ١٩١٧/١١/٢٤ المجموعة الرسمية سر ١٣ ص ١٤ • وقـد قضت بأن اكراه المجنى عليه على خلع ملابسـه وكشف سوأته بالرغم عنـه فيكون بناء على ذلك التهديد قد تجرأ على هتك عرض المجنى عليه بالقوة ، وأن هذا الهتك واقع على جسم المجنى عليه شخصيا نقض ١٩١٩/١٠/٢٨ المجموعة الرسمية س ١٣ ق ٧ ص ١٤ وأنظر نقض ١٩٧٧/١/١٧ أحكام النقض س ٢٨ ق ٢٢ ص ١٠٢ •

(١١) نقض ١٩٦٤/١٢/٨ أحكام النقض س ١٥ ق ١٥٩ ص ٨٠٥ وأنظر نقض ١٩٧٦/٢/١٥ أحكام النقض س ٢٧ ق ٤٤ ص ٢٢١ •

(١٢) نقض ١٩٦٣/١٠/٢١ احكام النقض س ١٤ ق ١١٧ ص ٦٣٩ •• ولا يجدى الطاعن ما يثيره من أنه لم يقصد المساس باجسام المجنى عليهم بل تعذيبهم بتعريضهم للبرد •

بالحياء[١٣] • وفى هذا تقول محكمة النقض أنه يكفى لتوافر الركن المادى فى جريمة هتك العرض أن يكشف المتهم عن عــورة المجنى عليها ولو لم يصاحب هذا الكشف أية ملامسة مخلة بالحياء • • • فالجريمة تتوافر بالكشف عن عورة الغــير أو ملامســتها أو بالامــرين معا ، ومــن ثم فان خلع سروال المجنى عليها وكشف مكان العورة منها ، تتوافر به تلك الجريمة بغض النظر عما يصاحبه من افعال أخرى قد تقع على جســم المجنى عليهــا[١٤] •

ويرجع الفضل فى ارساء هذا المفهوم لفكرة « المساس بالجسد » الى حكم صدر عن محكمة النقض الفرنسية سنة ١٨٧٤ فى واقعة كان فيهــا شخصا قد قام بتعرية خمس فتيات لم يبلغن الثالثة عشرة من العمر ، الى منتصف بطونهن وتركهن على هذا الحال والعورة مكشوفة فترة من الزمن ، دون أن يصدر عنه أ ىفعل آخر ، فقضت المحكمة بقيام جريمة هتك العرض فى حقه[١٥] ، وقد تبنت محكمة النقض المصرية هذا المفهوم— وأفصحت عن ذلك صراحة فى أسباب حكمها — الذى أصدرته فى ســنة ١٩١١[١٦] •• فقررت أن الملامسة ليست ضرورية بمفردها • • فالجريمة تتوافر بالكشف عن عورة الغير أو ملامستهما أو بالامرين معا[١٧] •

---

(١٣) نقض ١٩٣١/١١/١٦ القواعد القانونية جـ ٢ ق ٢٨٨ ص ٣٥٤ والمحاماه س ١٢ ق ٢٤١ ص ٤٨٩ •

(١٤) نقض ١٩٦٢/٢/١٢ أحكام النقض س ١٣ ق ٣٨ ص ١٤٥ وأنظر كــذلك نقــض ١٩٥٩/١/١٢ أحــكام النقض س ١٠ ق ٨ ص ٢٧ نقض ١٩٦٠/٣/٢١ أحكام النقض س ١٠ ص ٢٨٦ «مزق لباس المجنى عليها الذى كان يسترها » •

(١٥) Cass 24 Juill 1874 - S . 1874 - 1 - 408 - B - 215.

(١٦) نقض ١٩١١/١٠/٢٨ المجموعة الرسمية س ١٢ ق ٧ ص ١٤ •

(١٧) والواقع أن هذا المفهوم يثير مشكلة « الكشف عن العورة خلسة » ، =

المساس بالجسد اذن يتحقق سواء بالكشف عن عورات المجنى عليه أو بملامستها أو بالامرين معا ، ولو لم يقترن بفعل مادى آخر كاحداث احتكاك أو ايلاج يترك أثرا من أى نوع كان[18] .

أما عن تحقيق المساس بالجسد « بالملامسة » فهو الاصل الذى سوف نتعرض له فى حينه .

---

=

فمن يتلصص فى دورات المياه ، أو أماكن خلع الملابس ، أو قياسها فى المحلات العامة ومحلات البيع . . . هل يعتبر ذلك هتكا للعرض ؟ . اذا تمكن بذلك خلسة من الاطلاع على عورات الموجودين بالداخل . وهل يتحقق الامر لو كان الجانى قد استطاع هذا الاطلاع بواسطة اجهزة التصوير الفيديوية أو الدوائر التليفزيونية المغلقة ــ نحن نعتقد أن نصوص القانون لا تسمح بقيام الجريمة فى هذه الحالة لان المجنى عليه لم يخدش بحياءة العرض . فالملحوظ فى التجريم هو المجنى عليه لا الجانى وان جاز البحث عن جريمة الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة .

(١٨) نقض ١٩٣٥/١٢/٢ القـــواعد القانونية جـ٣ ق ٤٠٥ ص ــ نقض ١٩٥٩/١/١٢ أحكام النقض س ١٠ ص ٢٧ ــ ١٩٥٧/١/٢٨ أحكام النقض س ٨ ص ٨٦ ــ نقض ١٩٦١/٦/٢٧ أحكام النقض س ١٢ ص ٧٤٧ ــ نقض ١٩٦٢/٢/١٢ أحكام النقض س ١٣ ص ١٤٥ ــ ١٩٦٣/١/٢٩ أحكام النقض س ١٤ ص ٥٨ نقض ١٩٧٧/١/١٧ أحكام النقض س ٢٨ ق ٢٢ ص ١٠٥ ــ نقض ــ ١٩٧٧/٣/٢٨ أحكام النقض س ٢٨ ق ٨٦ ص ٤١٠ وأنظر نقض ١٩٨٣/١٢/١١ الطعن رقم ٢٥٧٦ س ٥٣ ق . لم ينشر بعد « ان الاحتكاك الجنسى الخارجى لا يمكن نفيه أو اثباته حيث أنه لا يترك أثرا يدل عليه . وكان من المقرر أن هتك العرض هو كل فعل مخل بالحياء يستطيل الى جسم المجنى عليه وعوراته ويخدش عاطفة الحياء عنده من هذه الناحية ولا يشترط لتوافره قانونا أن يترك الفعل أثرا بجسم المجنى عليه ــ خصوصا وأن مؤدى ما حصله الحكم من أقوال المجنى عليها أن الطاعن خلع عنها سروالها بغته وجثم فوقها ووضع قضيبه بين فخذيها وهو ما لا يتعارض بل يستقيم مع ما أثبته التقرير الشرعى .

## ٢٨ ــ ضابط الجسامة[١٩] « العورة » :

لا يكفى أن يكون التصرف ماسا بالجسد على النحو السابق ليكون ماسا بالعرض وانما يلزم ــ فى اجماع فقهى وقضائى ــ أن يكون « فاحشا » obscène أى أن يكون التصرف قد وصل من الجسامة والفحش حدا جسيما من شأنه أن يخل بعاطفة الحياء العرض للمجنى عليه بالنظر لمبلغ ما يصاحب التصرف من فحش .

وفى درجة الجسامة تكمن التفرقة بين التصرف الذى يشكل هتكا للعرض وبين الفعل الفاضح العلنى الذى يقع بعمل يوقعه الجانى على جسم غيره . اذ من المفهوم أن الفعل الفاضح يخدش الحياء ، أو هتك العرض فيجرحه جرحا بليغا ، وفى الاصطلاح الفرنسى لكل منهما دلالة واضحة على ذلك . فالفعل الفاضح يسمى outrage à la pudeur أى اهانة للحياء أو العرض، وهتك العرض يسمى attentant à la pudeur أى اعتداء جسيم أو انتهاك للحياء أو العرض[٢٠] .

وقد استقر قضاء محكمة النقض فى مصر على اعتبار « العورة » هى ضابط الجسامة عند تحديد طبيعة التصرف الماس بالجسد، وقد تطور قضاؤها فى هذا الشأن تطورا كبيرا على نحو دققت فيه من هذا الضابط متلافية فى النهاية كل ما يمكن أن يوجه اليه من نقد ويمكن تجميع الضابط الذى

---

(١٩) انظر فى هذا الضابط بصفة عامة الاستاذ الدكتور محمد مصطفى القللى «هتك العرض والفعل الفاضح ضابط التفرقة بينهما » مجلة القانون الاقتصاد س ٤ ص ٨٨١ الى ٨٩٤ ــ وأنظر فى تطور قضاء محكمة النقض المصرية الاستاذ الدكتور محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ، ص ٣٧٤ وما بعدها .

(٢٠) القللى . المقال السابق ، ص ٨٤٤ .

وضعته محكمة النقض فى هذا الشأن ، فى اعتبار التصرف هاتكا للعرض ، اذا كان قد « استطال الى جسد المجنى عليه فكشف عنه عورة ، أو لامس منه عورة ، أو مس به عــورة » • اذ يصبح التصرف فى تلك الاحــوال جميعا ماسا بالعرض وذلك بالنظر الى مبلغ ما يصاحبه من فحش • أما الافعال أو التصرفات التى تصدر عن الجانى وتستطيل الى جسم المجنى عليه دون أن تكشف عنه أو تلامس منه أو تمس به عــورة ، فقد تكون افعالا فاضحة لكنها أبدا لا تكون هتكا للعرض •

فأما عن افتراض الجسامة فى الفعل اذا استطال الى جسد المجنى عليه « فكشف منه عورة » • فقد اثبتناه من قبل ، وهو ما استقر عليــه قضاؤها فى قوله « من المقرر أنه يكفى لتوافر جريمة هتك العرض أن يقوم الجانى بكشف جزء من جسم المجنى عليه يعد من العورات التى يحرص على صونها وحجبها عن الانظار ولو لم يقترن ذلك بفعل مادى آخر من افعال الفحش لما فى ذلك الفعل من خدش لعاطفة الحياء العرضى للمجنى عليه من ناحيــة المساس بتلك العورات التى لا يجــوز العبث بحرمتها والتى هى جزء داخل فى خلقه كل انسان وكيانه الفطرى وأنه لا يشترط قانونا لتوافر جريمة هتك العرض أن يترك الفعل أثرا فى جسم المجنى عليــه »[٢٠م] •

---

(٢٠م) قضاء مستقر تماما • نقض ١٩٧٧/١/١٧ أحكام النقض س ٢٨ ق ٢٢ ص ١٠٢ • وقد عرضنا لاهم تطبيقات محكمة النقض لهذا المعيار • عنــد تحديد المقصود بالمساس بالجسد وكفاية أن يكون الفعل قد استطال الى جسم المجنى عليه فكشف منه أو أرغمه على أن يكشف منه عــورة ، لتحقق عنصر المساس بالجسد •

وأوضحنا أن قضاء محكمة النقض يجرى على أن المساس بالجسد يتحقق بالملامسة أو كشف العورة أو بالامرين معا •

وأما عن افتراض الجسامة فى الفعـل أو التصرف اذا استطال الى جسد المجنى عليه « فلامس منه عـورة » فقد استقرت عليه محكمـة النقض منذ قديم فى قولها « ان الفارق بين جريمة هتك العرض والفعل الفاضح لا يمكن وجوده لا فى مجرد مادية الفعل ولا فى جسامته ولا فى العنصر المعنوى وهو العمد ، ولا فى كون الفعل بطبيعته واضح الاخلال بالحياء ، وانما يقوم الفارق بين الجريمتين على أساس ما اذا كان الفعل الذى وقع يخدش عاطفة الحياء العرضى للمجنى عليه من ناحية المساس بعوراته . تلك العورات التى لا يجوز العبث بحرمتها والتى لا يدخر أى امرىء وسعا فى صونها عما قل أو جل من الافعال التى تمسها ، فاذا كان كذلك اعتبر هتك عرض والا فلا يعتبر . وبناء على هذا يكون من قبيل هتك العرض « كل فعل عمد يستطيل الى جسـم المجنى عليه وعوراته ويخدش عاطفة الحياء عنده » من هذه الناحية ، اما الفعل المخل بالحياء الذى يخدش فى المجنى عليه حيـاء العين أو الاذن ليس الا فهـو فعل فاضح »[21] .

وتطبيقا لهذا المعيار قضت النقض بتوافر جريمة هتك العرض لثبوت ملامسة الفعل الصادر من الجانى لموضع فى جسد المجنى عليه بعد عورة فى ملامسة المتهم بعضوتناسله دبر المجنى عليها . . . ولو كان عنينا ،

---

(٢١) قضاء مستقر تماما :

نقض ١٩٢٨/١١/٢٢ القواعد القانونية جا ق ١٧ ص ٣٢ ـ وأنظر كذلك نقض ١٩٥١/١٠/١٨ أحـكام النقض س ٣ ق ١٥ ص ٣٠ وانظـر نقض ١٩٧٠/٣/٨ أحـكام النقض س ٢١ ق ٨٧ ص ٣٥١ . نقض ١٩٧٥/١/١٢ أحكام النقض س ٢٦ ق ص ٢٧ . وانظـر الطعن رقم ٢٥٧٦ س ٥٣ ق جلسة ١٩٨٣/١٢/١١ لم بنشر بعد .

لان هذه الملامسة فيها من الفحش والخدش بالحيـاء العرضى ما يكفي لتوافر الركن المادى[٢٢] ، وفى تطويق الجانى كتفى امرأة بذراعيه وضمها اليه • • • لان هذا الفعل يترتب عليه ملامسة جسم المتهم لجسم المجنى عليها ويمس منه جزءا هو ولا ريب داخل فى حكم العورات[٢٣] • • وفى قرص المرأة فى عجزها[٢٤] • كما قضى بأن الفخذ من المرأة عورة فلمسه وقرصه على سبيل المغازلة يعد هتك عرض[٢٥] ، وبأن مجىء المتهم من خلف المجنى عليها وقرصها فى فخذها فهذا الفعل المخل بالحياء الى حد الفحش فيه مساس بجزء من جسم المجنى عليها يعتبر عورة من عوراتها فهو هتك عرض[٢٦] ، وأنه اذا كانت الواقعة هى أن المتهم جثم عـلى المجنى عليها عنوة وأدخل أصبعه فى دبرها فهذه الواقعة تكون جريمـة هتك عرض[٢٧] ، كما تعد الواقعة كذلك اذا كان المتهم قد جثم على المجنى عليها وهى نائمة ورفع جلبابها وأدخل قضيبه فى فتحة لباسها وأخذ يحكه فى فرجها من الخارج حتى أمنى[٢٨] ، أو اذا كان المتهم قد فاجأ المجنى عليها أثناء وقوفها فى الطريق وضغط اليتها بيده[٢٩] ، أو كان قد وضع اصبعه فى دبر المجنى عليها[٣٠] ، أو كانت المجنى عليها قد استيقظت من

---

(٢٢) نقض ١٩٣٦/١١/٢ القواعد القانونية جـ٤ ق ٣ ص ٣ • وانظر فى فرنسا Cass 5 Juil 1838. S - 1839. 1 - 59
(أركب طفله فوق بطنه وظل يلامس فرجها حتى التهب التهابا خفيفا) ونقض 30 nov 1895 - B. ho 311

(٢٣) نقض ١٩٣٢/١/٤ القواعد القانونية جـ٢ ق ٣١٧ ص ٤٢٧ •

(٢٤) نقض ١٩٣٠/٤/١٧ القواعد القانونية جـ٢ ق ٣١ ص ٣٦ •

(٢٥) نقض ١٩٤٨/١٢/١٣ القواعد القانونية حـ ٧ ق ٧١٩ ص ٦٧٤

(٢٦) نقض ١٩٣٦/٥/١١ القواعد القانونية حـ٣ ق ٤٧٠ •

(٢٧) نقض ١٩٥٠/٤/١٧ أحكام النقض س ١ ق ١٦٨ ص ٥١٣ •

(٢٨) نقض ١٩٥٠/٤/٢٤ أحكام النقض س ١ ق ١٧٤ ص ٥٣٤ •

(٢٩) نقض ١٩٥٢/٢/٤ أحكام النقض س ٣ ق ٢٤٩ ص ٦٧٣ •

(٣٠) نقض ١٩٦١/٦/٢٧ أحكام النقض س ١٢ ق ١٤٤ ص ٧٤٧

نومها على صوت رجل يقف بجانب رأسها يهزها بيد ويمسك ثديهـــا بيد أخرى ، وأخذ يراودها عن نفسها فلما أبت واستغاثت وضـــع يده على فمها ومزق قميصها من اعلاه ولمس بيده الاخرى ثديها[٣١] ، أو كان المتهم قد مزق سروال المجنى عليها ووضع شطة فى فرجها[٣٢] ، أو فى وضـــع المتهم ليده على فرج المجنى عليها الاولى وتحسس بيده بطن الثانيـــة وبطن الثالثة وركبتها[٣٣] • وكذلك يتوفر هتك العرض فى واقعة كانت المجنى عليها فيها تتهيأ للنوم فسمعت طرقا على باب حجرتها فاعتقدت أن الطارق زوجها ففتحت الباب فوجدت المتهم الذى دخل الغرفة ، ثم لما حاولت طرده وضع يده على فمها واحتضنها بأن ضم صدره الى صدرها ثم القاها على السرير فاستغاثت فركلها بقدمه فى بطنها وخرج[٣٤] • أو اذا كان المتهم قد خلع عن المجنى عليها سروالها بغته وجثـــم فوقها ووضع قضيبه بين فخذيها[٣٥] ، واذا كانت المجنى عليها اثناء استقلالها احدى سيارات النقل العام وأثناء وقوفها شاهدت المتهم يحتك باحدى السيدات فنهرته ثم فوجئت به يقف الى الخلف منها ويلتصـــق بدبرها

---

(٣١) نقض ١٩٥٠/٥/٢٢ أحكام النقض س ١ ق ٢٢٢ ص ٦٨٢

(٣٢) نقض ١٩٥٤/١٢/٢٧ أحكام النقض س ٦ ق ١٧ اص ٣٦١

(٣٣) نقض ١٩٧١/١/٤ أحكام النقض س ٢٢ ق ١٠ ص ٣٨ •

(٣٤) نقض ١٩٥١/١٠/١٨ أحكام النقض مشار اليه من قبل •

(٣٥) الطعن رقم ٢٧٥٦ س ٥٣ ق جلسة ١٩٨٣/١٢/١١ لم ينشر بعد• وفى الطعن رقم ٤١٨ سنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٠/٥/١

قضى بأن الحكم اذا أثبت أنه بينما كانت المجنى عليها تسير فى صحبـة زوجها وكان المتهم يسير مع لفيف من الشبان ، وتقابل الفريقان وكان المتهـم فى محاذاة المجنى عليها وعلى مسافة خمسين سنتيمترا منها مد يده حتى لمس موضع العفة منها وضغط عليه بين أصابعه فانه يكون قد بين توافر العناصر القانونية لجريمة هتك العرض بالقوة •

فقامت بدفعه بعيدا عنها فاذ به مخرجا لقضيبه خـارج سرواله وأمنى بأرضية السيارة[٣٦] وفى التصاق المتهم فى احدى سيارات النقل العام بالمجنى عليهـا من الخلف ممسكا بها من أردافهـا[٣٧] • وفى استدراج المجنى عليها الى منزل مهجور وخلع سروالها ( وأخرج عضـو تذكيره وأكرهها على أن تمسك به ) ثم لامس به اسفل بطنها وأصطحبها باكيـة الى خارج المنزل ليشترى لها بعض الحلوى[٣٨] •

وتطبيقا للمعيار نفسه رفضت محكمة النقض اعتبار الواقعة هتـك عرض ، اذا كان التصرف الجرمى الصادر من المتهم لم يلامس جسـد المجنى عليه فى موضع منه يعد عورة ، فى واقعة كانت فيها فتاة ريفيـة جالسة تغسل قدميها فى مياه وابور على مقربة من الطريق العام ، فأقبل عليها المتهم وطلب اليها أن تغسـل له قدميه أيضا فنهرته وردته بقول جارح ، فمال اليها بغته وقبلها فى وجنتيها دون أن يمسك بها أو يمس ببده أى جزء من جسمها ، فقضت محكمة النقض بأن الفتاة الريفيـة التى تمشى سافرة الوجه بين الرجال لا يخطر ببالها أن فى تقبيلهـا فى وجنتيها اخلالا بحيائها العرضى واستطالة الى موضع من جسمها تعده هى ومثيلاتها من العورات التى تحرص على سترها ، فتقبيلها فى وجنتيهـا

---

(٣٦) الطعن رقم ٥٩٧٦ س ٥٢ ق جلسة ١٩٨٢/١/٢٠ لم ينشر بعد •

(٣٧) الطعن رقم ٤٢٧١ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٢/١١/١٥ لم ينشر بعد •

(٣٨) طعن ١٥٣٩ س ٥٠ ق جلسة ١٩٨١/١/١١ لم ينشر بعد •

وأنظر الطعن رقم ٩٨٢ س ٥٢ ق جلسة ١٩٨٢/٣/١٧ لم ينشر بعد حيث قضت فيه «صدر المرأة وثديها كلاهما تعبير لمفهوم واحد ويعد من العورات التى تحرص دائما على عدم المساس بها فامساكه بالرغم منها وبغير ارادتها بقصـد الاعتداء على عرضها هو مما يخدش حياءها ويمس عرضها ويعتبر هتك عرض» •

لا يخرج عن أن يكون فعلا فاضحا مخلا بالحياء[٣٩] • كما قضت بأنه اذا قاد المجنى عليه شخصان الى غرفة مغلقة الابواب والنوافذ وقبله احدهما فى وجهه ، وقبله الثانى على غرة منه فى قفاه وعضه فى موضع التقبيل فهذا الفعل لا يعتبر هتك عرض ولا شروعا فيه ، كما لا يدخل تحت حكم أى جريمة أخرى من جرائم افساد الاخلاق[٤٠] • كما قضت فى حكم ثالث بأن ملاحقة امرأة فى الطريق العام وقرصها من ذراعها لا ينطوى على هتك لعرضها وان انطوى فى ذاته على فعل فاضح علنى[٤١]•

وهذا القضاء معناه أنه لا يكفى لكى يكون الفعل الصادر من الجانى ماسا بالعرض ، أن يستطيل الى جسد المجنى عليه فى أى موضع فيه وانما يلزم لكى يكون هذا التصرف ماسا بالعرض أن « يلامس من جسد المجنى عليه موضعا يعد عورة » •

فاذا لم يكن فعل الجانى الذى استطال به الى جسم المجنى عليه قد كشف منه عورة أو لامس به عورة ، فيلزم لكى يعد الفعل هاتكا

---

(٣٩) نقض ١٩٣٤/١/٢٢ القواعد القانونية ج٣ ق ١٩٠ ص ٢٦٠• أنظر تعليقا على هذا الحكم مقال الاستاذ الدكتور القللى سابق الاشارة اليه ص٨٨١ وهو نفس ما قضت به محكمة استئناف الكويت العليا• مشار اليه لدى أستاذنا حسن المرصفاوى المرجع السابق ص ٦٥٩ وهو قضاء لم توافق عليه المحكمة العليا الليبية ، مشار اليه لدى ادوارد غالى الذهبى المرجع السابق ص ٢٤٨ حيث قضت فى ٢٣ يونيه ١٩٧٠ بأن شفتى المرأة من الاعضاء التى تستعمل لاشتقاق اللذة الجنسية واستثارة الغريزة وبالتالى فان تقبيلها من أجنبى وبالنسبة للمرأة المسلمة وفى البيئة الليبية يخل بعاطفة الحياء العرضى للمجنى عليها بدرجة جسيمة ويعتبر هتكا للعرض •

(٤٠) نقض ١٩٣٤/١٠/١٥ القواعد القانونية جـ ٣ ق ٢٧٢ ص ٣٦٦ •

(٤١) نقض ١٩٥٨/١١/١٠ أحكام النقض س ٩ ق ٢٢٣ ص ٩١٣ •

للعرض أن يكون الفعل قد استطال الى جسم المجنى عليه على نحو مس به ( أى بالجسم ) عورة — وفى هــذا تقول محكمة النقض المصرية أنه « لا مرية فى أن المبدأ الذى قررته هذه المحكمة لم يرد به حصر الحالات التى يصح أن تندرج تحت جريمة هتــك العرض والقول بأن ما عداها خارج حتما عن الجريمة المذكورة ، وانما هو مبدأ جنائى ( جزئى ) تناولت فيه المحكمة جريمة هتك العرض من ناحيتها الاكثر وقوعا ، تلك الناحية التى يقع فيها المساس بجزء من جسم المجنى عليه يدخــل عرفا فى حكم العورات ، وقطعت المحكمة بأن مثل هــذا المساس يجب حتمــا وفى كل الاحوال ان يعد من قبيل هتك العرض لما فيه من الاخلال بحياء المجنى عليه العرضى ، وظاهر أن هذا لا يفيد أن أفعال هتك العرض محصورة فى هذه الناحية وأن الجريمة لا يتصور وقوعها الا على هذا النحو ، بل قد يتصور العقل — فى أحوال قد تكون فى ذاتها نادرة أو قليلة الوقوع — أمكان الاخلال بحياء المجنى عليه العرض بافعال لا تصيب من جســمه موضعا يعد عورة ، ولا يجوز مع ذلك التردد فى اعتبارها من قبيل هتك العرض نظرا لمبلغ ما يصاحبها من الفحش ، ولانها من ناحية أخــرى أصابت جسم المجنى عليه فخدشت حياءه العرضى ، وان لم يقع المساس فيها بشىء من عــوراته ، كما لو وضع الجانى عضــوه التناسلى فى يد المجنى عليه أو فى فمه أو فى جزء آخر من جسمه لا يعد عوره ، فهــذه الافعال ونظائرها لا يمكن أن يشك فى أنها من قبيل هتك العرض ، وكل ذلك مما ينبغى أن يبقى خاضعا لتقدير المحكمة ، اذ من المتعذر — ان لم يكن من المســتحيل — حصره فى نطــاق واحــد واخضــاعه لقــاعدة واحدة »[٤٢] .

---

(٤٢) نقض ١٩٣٤/١٠/١٥ القواعد القانونية ج٣ ق ٢٧٢ ص ٣٦٦ .

وتطبيقا لهذا المعيار قضت محكمة النقض بتوافر جريمة هتك العرض لثبوت استطالة الفعل الشائن الى جسم المجنى عليه بالمس به على عورة، أى « بمس جسم المجنى عليه بعورة لغيره » فقضت بتوافر الجريمة متى كان الفعل المادى الذى قارفه المتهم هو مباغته المجنى عليها بوضع يدها الممدودة على قبله من خارج الملابس ، لان هذا الفعل مما يخدش حياء المجنى عليها العرضى وقد استطال الى جسمها وبلغ درجة من الفحش يتوافر به الركن المادى لهتك العرض[٤٣] .

وفى استدراج المتهم لفتاة الى منزل مهجور وخلع سروالها والكشف عن عضو تذكيره واكراهها على أن تمسك به[٤٤] . وفى التصـــاق المتهم بالمجنى عليها أثناء جلوسها بسيارة الاوتوبيس وأخرج قضيبه وحكه فى كتفها وأمنى على ملابسها[٤٥] وواضح فى هذه الامثلة جميعا وما يجرى مجراها ، ان الجانى وضع عضوه التناسلى ( وهو عورة ) فى موضع من جسم المجنى عليه لا يعد عورة ، فى يده أو فى كتفه أو كما أشار الحكم

---

=

والواقع أن هذا القضاء يستند على ماقضت به محكمة النقض الفرنسية من أن اشتراط وقوع الفعل على المجنى عليه مباشرة يلزم فيه ويكفى فى نفس الوقت أن يكون قد استطال الى جسمه على أى وجه كان . أى كان لجسمه دور ما فى ارتكابه ، كما لو اتخذ الجانى وسيلة أو أداة ليباشر عمله الشائن .

Cess 2 avr 1835 - S - 1835 — 1 - 936 - et B . no 120.
Cess 27 Sep. 1960. S - 1961 - 1 - 201 - et B - no 219.

«وقضت فيهما بتوافر الجريمة فى استخدام طفـــل لممارســـة تصرف فاحش (امساك القضيب) على جسم الجانى نفسه» .

(٤٣) نقض ١٩٥٨/٣/١٧ أحكام النقض س ٩ ق ٨٣ ص ٢٩٨ .
(٤٤) الطعن رقم ١٥٣٩ س ٥٠ ق جلسة ١٩٨١/١/١١ لم ينشر بعد .
(٤٥) نقض ١٩٦٣/٣/٢٦ أحكام النقض س ١٤ ق ٥٢ ص ٢٥٤ .

فى فمه أو فى أى جزء آخر من جسمه لا يعد عورة ، فهنا يتوافر هتك العرض على أساس استطالة الفعل الشائن الى جسد المجنى عليه فى استخدامه للمساس بعورة غيره •

**٢٩ ــ تقدير ضابط العورة :**

رأينا كيف أن محكمة النقض المصرية ، قد اعتبرت « العورة » هى ضابط الجسامة عند تحديد طبيعة التصرفات أو الافعال الواقعة على الجسد ، واعتبرت أن التصرف يكون بالغا من الفحش حدا يخدش الحياء العرضى للمجنى عليه ، على النحو الذى يقوم به الركن المادى لجريمة هتك العرض اذا كان هذا التصرف ( أو الفعل ) قد استطال الى جسد المجنى عليه فكشف منه عورة أو لامس منه عورة ، أو مس به عورة غيره• وقد كانت محكمتنا العليا عند ارسائها لهذا الضابط حريصة على ابراز عدة أمور تكفل له الدقة فوق السلامة :

اولا: أنها أبدا لم تقطع على قاضى الموضوع طريق التقدير والاجتهاد ، بل أنها كانت حريصة على القول « بأن كل ذلك مما ينبغى أن يظل خاضعا لتقدير المحكمة ، اذ من المتعذر ــ ان لم يكن من المستحيل ــ حصره ( تقصد الافعال الفاحشة الهاتكة للعرض ) فى نطاق واحد واخضاعه لقاعدة واحدة »[٤٦] والمحكمة بذلك تؤكد أنها لا تستطيع أن تجارى خيال الفاسقين •

---

(٤٦) أنظر حكم المبدأ ١٥/١٠/١٩٣٤ القواعد القانونية جـ٣ ق ٢٧٢ ص ٣٦٦ «ومفهوم العورة عند النقض كل منطقة فى الجسد يحرص الانسان ـ اجتماعيا ـ على صونها وحجبها عن الانظار وصيانتها عما قل أو جل من الاعمال» •

ثانيا : ان المحكمة لم تطلق معيار « العورة » دون أن تحدد بوضوح ما تقصده بها ، أو أنها بعبارة أخرى لم تستبدل — كما يتصور البعض — الصعوبة بغيرها ، بل أنها على العكس كانت حريصة على أن تبرز فى سائر احكامها أنها تقصد « المدلول العرفى للعورة »[٤٧] فالمحكمة لم تترك فى قضائها مجالا لان يشك أحد فى أن قصدها ينصرف الى المعنى العرفى للعورة ، دون المعنى الشرعى لها[٤٨] ، فقد قررت « أن المرجع فى اعتبار ما يعد عورة وما لا يعد كذلك انما يكون للعرف الجارى وأحوال البيئات الاجتماعية »[٤٩] وهى بهذا تكون قد أعطت العورة مفهوما اجتماعيا يتسم بالموضوعية اذ لا شأن له بتقدير القاضى شخصيا أو بتقدير الجانى أو المجنى عليه وانما بتقدير البيئة التى حصل فيها الفعل ، مهما كان مستوى تزمت الجانى أو المجنى عليه أو انحلالهما فما تعده البيئة التى وقعت فيها الجريمة عورة يعد كذلك ولو وقعت الملامسة أو التلامس أو الكشف على بغى ساقطة • ثم هو يختلف من القرية الى المدينة ومن داخل المدينة الى شواطئها ومن شواطئها الى مسارحها[٥٠] •

**٣٠ — ما لا يدخل فى طبيعة التصرف الماس بالعرض :**

لا يشترط فى التصرف الماس بالعرض سوى أن يقع من انسان حى

---

(٤٧) انظر الحكم السابق «تلك الناحية التى يقع فيها المساس بجزء من جسم المجنى عليه يدخل «عرفا» فى حكم العورات •

(٤٨) معروف أن العورة شرعا بالنسبة للمرأة هو كل جسدها ماعدا وجهها ويديها ، أما عورة الرجل فلا تشمل الا ما بين السرة والركبتين •

(٤٩) نقض ١٩٣٤/١/٢٢ سابق الاشارة اليه •

(٥٠) يتعرض موقف محكمة النقض لنقد جماعى من الفقه فى مصر• انظر فى مساندة رأى محكمة النقض • الاستاذ الدكتور عبد المهيمن بكر • خصوصا ص ٦٩٦ • بالمرجع السابق •

على انسان حى[٥١] ، دون أن يشترط بعد ذلك أن يكون الجانى أو المجنى عليه من جنس معين ، فالجريمة تقع بكل فعل شائن يستطيل الى جسم المجنى عليه بكشف عورته أو ملامستها أو مسه بعورة غيره يستوى أن يقع ذلك من رجل على رجل أو من امرأة على امرأة أو رجل على امرأة أو من امرأة على رجل ، وهى قاعدة عامة لا استثناء عليها وتشكل جميعها الركن المادى لجريمة هتك العرض ، ما عدا صورة واحدة يكون الفعل الواقع بها مشكلا لجريمة المواقعة لا هتك العرض وهى صورة « ايلاج ذكر لقضيبه فى فرج أنثى بغير رضاها » •

كما لا يشترط فى التصرف الماس بالعرض اذا استطال الى جسم المجنى عليه بملامسة عورته أو بمساسه بعورة غيره[٥٢] ، ان تقع هذه الملامسة أو المساس والاجسام عارية ، فالشارع قصد بالعقاب على جريمة هتك العرض حماية المناعة الادبية التى يصون بها الرجل أو المرأة عرضه عن أية ملامسة مخلة بالحياء العرضى لا فرق فى ذلك فى أن تقع هذه الملامسة والاجسام عارية وبين أن تقع والاجسام مستورة بالملابس ما دامت هذه الملامسة قد استطالت الى جزء من جسم المجنى عليه يعد عورة فالتصاق المتهم عمدا بجسم الصبى المجنى عليه من الخلف حتى مس بقضيبه عجز الصبى يعتبر هتك عرض[٥٣] •

---

(٥١) انظر نجيب حسنى المرجع السابق ، ص ٣٣٣ • وانظر اندريه فيتى المطول السابق ص ١٥٠٤ هامش رقم ١ «على أساس أن المرأة الميتة لا تصلح لاعطاء قبول ولا رفض» • جارو المطول سابق الاشارة اليه ص ٤٧٣ •

(٥٢) لا ينطبق هذا الشرط على صورة الكشف عن العورة اذ تفترض عريها فى أى جزء من أجزاء الجسم التى تعد عورة ، فاذا رفع الجانى رداء المجنى عليها فكشف أفخاذها وهى مستورة بلباسها ، قامت الجريمة •

(٥٣) نقض ١٩٣٥/٦/٣ القواعد القانونية حـ٣ ق ٣٨٥ طعن رقم ١٣٤٧

كما لا يشترط أن يترك الفعل أثرا بجسم المجنى عليه ، فالاحتكاك الجنسى من الخارج لا يمكن نفيه أو اثباته حيث أنه لا يتـرك أثرا يدل عليه[٥٤] • ومن هنا فان التصرف الجرمى المتضمن مساسا بالعرض لا يتطلب ايلاجاءأو ضغطا أو اشباعا لشهوة[٥٥] ، كما يستوى بطبيعةالحال أن يقع سرا أو علانية غاية الامر أنه أن وقع علنا تعددت الجرائم تعددا معنويا ووجب تطبيق العقوبة المقررة للجريمة الاشد •

## المبحث الثانى

## فى عدم مشروعية التصرف

**٣١ — تمهيـــــــد :**

من المبادىء الاصولية فى المسئولية الجنائية عدم كفاية وقوع الركن المكون للجريمة كما هو موصوف فى نموذجها القانونى ، وتوافر الركن

---

=

ونقض فى ١٩٣٤/١٠/٢٩ القواعد القانونية حـ٣ ق ٢٨٠ ص ٣٧٣ • أنه يكفى لتحقق هتك العرض أن يكون المتهم قد احتضن مخدومته كرها عنها ثم طرحها أرضا واستلقى فوقها ولو لم يقـــع من الجانى أن كشف ملابســـه أو ملابس المجنى عليها •

وأنظر الطعن رقم ٩٨٢ س ٥٢ ق جلسة ١٩٨٢/٣/١٧ لم ينشر بعد (وكان المتهم قد أمسك بصدر المجنى عليها من فوق الملابس) •

(٥٤) نقض الطعن رقم ٢٥٧٦ س ٥٣ جلسة ١٩٨٣/١٢/١١ لم ينشر بعد
وانظر نقض ١٩٧٥/١/١٢ أحكام النقض س ٢٦ ق ٤٤ • ص ٢٧ •
نقض ١٩٧٧/٣/٢٨ أحكام النقض س ٢٨ ق ٤٦ ص ٤١٠ •

(٥٥) قضت المحاكم بتوافـر الجـــريمة ولـو كان الجانى عنينا • نقض ١٩٦٣/١/٢٩ سابق الاشارة اليه •

المعنوى اللازم لقيامها لدى الفاعل لكى تقوم الجريمة ، وانما يلزم فوق ذلك أن تتوفـر فى التصرف ( أو الفعل ) صفة العـدوان أو البغى التى تسبغ عليه الصفة الاجرامية ، فاكتمال الاركان القانونية للجريمة لا يقيم مسئولية فاعلها اذا تجردت الواقعة من معنى العـدوان أو البغى injuste [٥٦] • ويجرى الفقه السائد فى مصر على تسمية الحالات التى تفقـد فيها الواقعة عنصر العـدوان أو البغى اللازم لتجريمها « باسباب الاباحة » •

وأيا ما كان الامر فان أسباب الاباحة هى اسباب من شأنها أن تجرد التصرف من صفته الاجرامية بمجرد توفر احداها ، وذلك « لانتفاء العلة من تجريمها » •

ثم أن هناك قبل ذلك مشكلة أهم وهى « دور العرف » سـواء فى تحديده « لنطاق القاعدة المجرمـة » أم فى تحديده ، كما يرى بعض الفقه ، « لمضمون القاعدة المبيحة » • وهذا الدور يكاد أن يكون رئيسيا ـ على أى وجه من الوجوه ـ فى صدد «الجرائم الخادشة للحياء العام» « والجرائم الماسة بالعرض » سواء ، اذ هو بطريقة أو بأخرى المرجع فى تحديد التصرفات المكونة للجريمة •

---

(٥٦) من المعروف أن الفقه مختلف حول تسمية الحالات التى تفقـد فيها الواقعة عنصر العدوان أو البغى اللازم لتجريمها فمن يسميها أسباب الاباحـة أو التبرير ومن يسميها حالات المشروعية على أساس أنها حالات تنعـدم فيها بطريقة تلقائية وبديهية ، الصفة الاجرامية للواقعة التى لها فى القانون صفـة الجريمة • كما أنه مختلف حول المكان المناسب لدراستها • انظر لنا قـانون العقوبات اللبنانى ، القسم العام ، ١٩٨١ ، ص ٢٢٩ وما بعدها •

## ٣٢ ـ دور العرف فى تحديد نطاق التصرف غير المشروع :

رأينا فيما سبق كيف أن العرف هو وحده المرجع فى تحديد « الافعال المخلة بالحياء العام » فى جريمة الفعل الفاضح ، وفى تحديد « الاقوال والاشارات المحرضة على الفسق » فى جرائم تحريض المارة على الفسق، وفى تحديد « الفعل أو القول الخادش لحياء الانثى » فى جريمة التعرض للانثى على وجه يخدش الحياء ، وفى تحديد « القول أو الكتابة أو الرسم أو التصوير المنافى للآداب » فى جرائم الاخـلال بالآداب العامة ، ففى هذه الاحوال جميعا لا يرجع القاضى فى تحـديده لطبيعة الفعـل الى تقديراته الشخصية أو تقديرات الفاعل أو المفعول ضده أو المفعول أمامه وانما الى « عرف البيئة التى جرى فيها التصرف » •

ومن جهة أخرى فقد رأينـا فى دراستنا للتصرف الجرمى المتضمن عدوانا على العرض ، أنه التصرف الفاحش الذى يستطيل الى جسم المجنى عليه فيكشف عنه عورة أو يلامس منه عورة أو يمس به عـورة غيره ، وأن العورة المقصودة هى العورة « بمناها العر فى» دون رجوع للمعنى الشرعى • وبصرف النظر عن الخلاف الدائر فقها حول دور العرف فى هذه الاحوال ، وحول ما اذا كان يلعب دوره فى تحديد التصرفات أو الافعال الداخلة فى نطاق التجريم على أساس أن الجرائم التى يتضمن ركنها المادى « فكرة غير محددة المفهوم » كهتك العرض ، الفعل الفاضح، العيب ، الاهانة ، يكون القانون فيها قد فوض القاضى فى تحديدها من خلال العرف السائد ، أم أن العـرف يلعب دوره لا فى تحديد الفعـل الداخل فى نطاق التجريم وانما فى تحديد الفعل الذى يخرج من نطـاق التجريم الى نطاق الاباحة أو التبرير • بصرف النظر عن ذلك الخلاف

حيث يسند جميعه الى العرف دوره فى تحديد التصرف المجـــرم[٥٧] ، فلا شك أن العــرف يلعب دوره الرئيسى فى الجرائم الماســة بالعرض سواء فى تحديد معنى العورة ، اذ هو السبب وراء عدم اعتبــار تربيت شخص على شعر أنثى بدون رضاها ، أو تقبيلها ، هتكا للعرض رغم أن فيه لمس لعورة فيها بالمعنى الشرعى ، أم سواء فى تحديد الحالات التى يجوز فيها كشف عورة الغير لاسباب يرى العرف جــدارتها بالرعاية ، كأغراض نظافة الصغيرة أو الصغير ، والمريض أو المريضة[٥٨] ، ولو بغير رضاهم ممن يتولى تربيتهم ، أو ملاحظتهم ٠

---

(٥٧) فالى العرف يرجع القاضى لمعرفة ما اذا كان الفعل العلنى فاضحا أم لا ٠ فهو وحده الذى يخرج بعض صنوف العرى الجسد ىمن نطاق التجــريم، على الشواطىء ، فى المسارح ٠ واليه وحده يرجع عدم دخول بعض الافعــال التى تعد بحسب الاصل فاضحة من نطاق التجريم فى الروايات السينمــائية والتلفزيونية وروايات المسرح ٠ وبعض الالعاب الرياضية ٠

وقد عرضنا لذلك فيما سبق ورأينا أن شرط الاباحة فى ذلك كله هــو فى نظرنا «اختفاء المعنى الجنسى» فى العمل الرياضى ، أو الفنى ، أو الترفيهى ٠ فاذا ظهر فيها هذا المعنى كان العمل خارجا على مقتضيات الرياضة أو الفن٠٠

(٥٨) عرضت على محكمة النقض المصرية واقعة تتلخص فى أن سيدة قــد قامت بالاعتداء على خادمتها بالضرب والكى بأجسام ساخنة فأحدثت بها قروحا متقيحة بمناطق عديدة من جسدها منها «المنطقة الدائرة حــــول غشاء البكارة والشرج والاليتين» فقدمت للمحاكمة بتهمة هتك العرض لكشفها عن عورة المجنى عليها ، وتهمة احداث اصابات بالمجنى عليها أعجزتها عن أشــغالها الشخصية مدة تزيد على العشرين يوما ٠ فبرأتها محكمة الجنايات من تهمة هتك العرض وأدانتها عن التهمة الثانية «على أساس أن المحكمة ترى أن العلاقة بين الخادمة الصغيرة ومخدومتها التى من المفروض أن تقوم على نظافتها الداخليةوالخارجية مما لا يجعل عاطفة الحياء لدى الاولى تخدش عندما تكشف عن عورتها أمــــام الثانية بل أن ذلك أمر طبيعى بينهما ويترتب على ذلك أن جريمة هتك العرض تفقد نتيجة هذه العلاقة ركنها المادى الذى يستند الى خدش عاطفة الحياءويجعل نسبة هذه الجريمة الى المتهمة لا يقوم على صحيح القانون»٠

=

## ٣٣ — دور اسباب الاباحة فى مشروعية التصرف الماس بالعرض :

ليس لاسباب الاباحة فى خصوص جرائم العرض دور مختلف عن

---

=

فنقضت محكمة النقض هذا الحكم لترديه فى الخطأ فى القانون . (وهــو بالفعل مترد بالخطأ فى القانون) لكنها ساقت لذلك سببا لايقل عنه ترديا فى الخطأ فى القانون حيث قالت «انه اذا كان العرف الجارى وأحوال البيئـــات الاجتماعية تبيح فى حدود معينة الكشف عن العورة مما ينأى عن التأثيم المعاقب عليه قانونا . (الى هنا وحكم محكمة النقض صحيح فى القانون). الا أنه متى كان كشف هذه العورة أو المساس بها قد تم على غير ارادة المجنى عليه فان ذلك يعد تعديا منافيا للاداب ويعتبر فى القانون هتك عرض قصد الشارع العقاب عليه حماية للمناعة الادبية التى يصون بها الرجل والمرأة عرضه عن أى ملامسة مخلة بالحياء والعرض ولا عبرة بما يكون قد دفع الجانى الى فعلته أو الغــرض الذى توخاه منها فيصح العقاب ولو لم يقصد الجانى بفعلته الا مجرد الانتقــام من المجنى عليه» .

نقض ١٩٧٦/٢/١٥ أحكام النقض س ٢٧ ق ٤٤ ص ٢٢١ .

فأما عن خطأ محكمة الدرجة الاولى فمرجعه «أن العـــرف الذى يبيح كشف العورة» مقيد بأغراض هى التى دفعت الى اباحته ، وهى فى واقعة الحال «القيام على نظافة خادمتها الداخلية والخارجية» وهذه الاباحة لكى تنتج آثارها لابـد أن تكون مقيدة بالنطاق ومستهدفة ذات الاغراض التى من أجلها أباح العـرف كشف عورة الخادمة . وفى واقعة الدعوى كان كشف العورة للتعذيب والكى .

أما عن خطأ محكمة النقض ففى تعليقها لانتاج العرف لاثاره فى اباحة كشف العورة على ارادة المجنى عليه ، ذلك أن الارادة وحدها دون عرف كافية لمنع قيام الجريمة ، فاذا كانت الارادة صادرة ممن لا يملكها فلا اعتداد بها أصلا . علـى نحو يظل فيه المناط الوحيد لاباحة هذا الكشف هو «العرف وحده» . بشرط أن يكون كشف العورة قد تم فى النطاق المباح عرفا ولتحقيق ذات الاغراض التى من أجلها أباح العرف هذا الكشف .

ويبدو أن محكمة النقض قد تصورت أن «النظافة» مجرد باعث وهو مايوحى به حكمها خصوصا تعمده القول «ولا عبرة بما يكون قد دفع الجانى الى فعلته.» لكن الواقع أن النظافة فى هذا الفرض ليست باعثا للجريمة وانما هى التى تضع الحدود الموضوعية والشخصية لاباحة كشف العورة من السيدة على خـادمتها لنظافتها الداخلية والخارجية .

دورها فى النظرية العامة للقانون الجنائى فهى اسباب من شأن توافر أحداها تجريد الوقائع المستكملة لاركان جريمة فى القانون من صفتها الجرمية لانتفاء العلة من تجريمها ، ويقف « استعمال الحق » على رأس هذه الاسباب ، بل أنه يكاد أن يضمها جميعا فى مفهومه • وهذا معناه انه لا جريمة فى الفعل المرتكب فى ممارسة حق بغير تجاوز ، لانه لا يعقل أن يمنح النظام القانونى الشخص حقا معنيا ثم يجعل من ممارسته جريمة(٥٩) واذا كان الفقه متفق على فهم الحق فى مضمون هذه المادة بمعناه الواسع الذى يشمل سائر التصرفات التى تجيزها القوانين أو يسمح بها العرف الاجتماعى باعتباره اصدق تعبير عن ضمير المجتمع وارادته • فان الفقه كذلك متفق على أنه لا يكفى أن يعترف النظام القانونى للشخص بالحق حتى تكون ممارسته له متجردة من الصفة الاجرامية بل يلزم لتجرد الفعل من تلك الصفة أن يلتزم صاحب الحق فى ممارسته اياه بقيدين :

الاول : هو أن يلتزم صاحب الحق فى ممارسته سائر الحدود والقيود المقررة على ممارسة هذا الحق والا اتسمت ممارسته له بالتجاوز ولم يكن مرتكبا بنية سليمة ، واتصف بالتالى بالعدوان ، فلا وجود للحق الا فى الحدود وبالقيود والشروط التى يتطلبها النظام القانونى •

الثانى : هو توفر حسن نية صاحب الحق فى ممارسته اياه ، ويتوفر حسن النية فى كل حالة يكون فيها ممارسة الحق من جانب صاحبه قد تم

---

(٥٩) انظر فى مفهوم هذه الاسباب ومفهوم الحق المقرر بمقتضى الشريعة المؤلفات العامة فى قانون العقوبات القسم العام •

بهدف تحقيق ذات الغاية التى دفعت النظام القانونى الى الاعتراف بهذا الحق وصيرورة الفعل مشروعا فاذا انحـرف صاحب الحق فى ممارسته اياه الى غاية اخرى ــ ولو لم تكن مرذولة فى ذاتها ــ غير التى يستهدفها القانون عادت للفعل صفته المؤثمة •

ومن هنا فان التصرف المتضمن مساسا بالعرض ، سواء أخذ صورة المواقعة أو هتك العرض والواقع من الزوج على زوجة بالاكراه أو التحيل يكون مشروعا باعتباره ممارسة لحق يخوله عقد الزوج لكل من الزوجين هو « حل الاستمتاع » كل ذلك بشرط أن يلتزم الزوج فى ممارسته اياه بسائر الحدود والقيود المقررة على ممارسته ، وأن يتغيى فى ممارسته ذات الغاية التى من أجلها شرعه القانون[٦٠] • فاذا نال الزوج من زوجته

---

(٦٠) نوقشت هذه المشكلة بشكل مستفيض فى فرنسا ، ويبدو أن مثـل هذا النقاش قد أثير فى ابطاليا ، على مايظهر من مقال استاذنا الدكتور عوض محمد عوض فى الجانى والمجنى عليه فى جريمة المواقعة ص ٢٧ وما بعــدها• ويرى أن معرفة مدى الحقوق التى تنشأ عن عقد الزواج هى مناط الحكم ، فحيثما ثبت للزوج الحق فلا جريمة فى فعله ، وان سقط وجب عقابه •

ويجمع الفقه على أن عقد الزواج لا يحل للرجل أن يطأ امرأته فى دبرهـا ، وبالتالى فان مثل هذا الوطء ليس من حقه ، فان أتى الزوج زوجته فيه بـدون رضاها كان هاتكا لعرضها ، أما اذا اجتنب ما لا يحل وطؤه ولم ينل من زوجته غير القبل فان وطأه اياها ولو بغير رضاها لا يعد جريمة وقاع ، ولا يشـكل جريمـــة •

ويرى الاستاذ الدكتور عوض كذلك ، أنه حتى لو سلمنا جدلا بأن الـدين المسيحى لا يخول الزوج سلطة اكراه زوجته على الوفاء بواجباتها ومنها التمكين الجنسى فليس بوسع أحد مع ذلك أن يرمى الزوج الذى يطأ زوجته كرها بأنه قد نال منها ما ليس حقا له (ص ٣٤ ، ٣٥)•

أما فى الشريعة الاسلامية فالامر لا يحتمل خلافا فللزوج شرعا الحق فى وطء
=

ما هو حقه بأن أتاها من أمام بغير رضاها ـــ حيله أو كرها ـــ كان ممارسا لحقه الذى يستمده من عقد الزواج ، ولا يكون على مسلكه من مثالب الا اذا تجاوز فى وسيلة الاكراه التى اتبعها حدود حقه ، ويظل الوطء فى حد ذاته ـــ حتى فى هذه الحالة ـــ مشروعا ، لان من حق الزوج اتيان زوجته شرعا ولو بغير رضاها ، ما دامت فى حله ولو كانت مطلقة طلاقا رجعيا ما دامت فى العدة ، فاذا انقضت العدة أو كانت قد طلقت طلاقا بائنا كان وقاعها بغير رضاها مجرما •

أما اتيان الزوجة فى غير حل كما لو آتى الزوج زوجته من دبر بغير رضاها كان هاتكا لعرضها[61] •

---

=

زوجته ولو كرها ففعله مباح سواء فيما يتعلق بذات الوطء ··· أما الوسيلة المستخدمة فى الاكراه فالامر فيها يرجع لما اذا كانت تدخل فى نطاق حق التأديب المقرر للزوج على زوجته أما أنها تخرج عنه لتدخل تحت مفهوم جريمة أخرى من جرائم الاعتداء على السلامة البدنية أو غيرها ·

ويظل للزوج هذا الحق طالما كانت الزوجية قائمة شرعا لم تنحل بطلاق غير رجعى أو تطليق · أنظر فى هذه الاراء أيضا · محمود مصطفى · ص ٢٣٥، ٢٣٦ · نجيب حسنى ص ٣٨٤ ـ ٣٨٥ · المرصفاوى ص ٦٤٧ · أحمد فتحى سرور ص ٥١١ · عمر السعيد رمضان ص ٣٣٤ · حسين عبيد ١٦٥

انظر فى فرنسا اندريه فيتى المطول السابق ص ١٥٠٣ · جارو المطول السابق حـ٥ ص ٤٧٣ · لامبير المطول السابق ص ٥٧٣٠ ومابعدها ، وص٥٩٠ وهو يرى أنه يجب على النيابة والقضاء توخى منتهى الحذر فى تحقيق مثل تلك القضايا التى تكون بين الزوجين ويكون فيها اتهاما بوقوع جريمة ماسة بالعرض ، اذ غالبا ما يكون وراءها أسباب غير حقيقية لبلوغ أهداف أخرى كالطلاق ·

(٦١) وجدير بالذكر أن اتيان المرأة من الخلف صار ـ ولو كان من زوج على زوج ـ فى فرنسا بعد تعديل مفهوم الوقاع الذى سنتعرض له فى حينه ، صار يشكل اغتصابا لا هتك عرض · أنظر اندريه فيتى المطول السابق ص ١٥٠٣ ·

وبديهى أن جميع الافعال التى تعد هتكا للعرض كالمساس بالعورات والاحتضان وغيره مباح للزوج على زوجته وللزوجة على زوجها رضى به من وقع عليه أم لم يرض • لانه اذا كان الوطء بين الزوجين مشروعا ولو بغير رضاء من وقع عليه كان ما دون الوطء من افعال تمس العرض مشروعا من باب اولى(٦٢) •

ومن ناحية أخرى فان التصرف الماس بالعرض ، يجد سندا لاباحته، كلما توفر مبرر قانونى من مبرراته ، فاذا اقتضى دفاع الشخص عن نفسه

---

(٦٢) لكن لا يجوز للزوج أن يجبر زوجته على الوقاع علنا ، أو أن يكشف عن عورات جسمها لنظر الغير ويرى نجيب حسنى أن هذه الاحكام جميعا ترجع الى قول الله تعالى «فاذا تطهرن فاتوهن من حيث أمركم الله ان الله يحب المتطهرين ، نساؤكم حرث لكم فاتو حرثكم أنى شئتم» المرجع السابق ص ٣٨٦

هذا ويلاحظ أن الزواج العرفى يرتب للزوج سائر الحقوق الشرعية التى للزوج على زوجته فيما دون الارث ، وبالتالى فان مواقعتها كرها لاتتقوم به جناية الاغتصاب •

أما اذا كانت الزوجية قد انتهت بالطلاق البائن أو الذى صار بائنا أو بالتطليق ، كان وقاع المطلقة كرها مشكلا للجريمة الا اذا ثبت أنها ما كانت لتمانع حتى ولو علمت بطلاقها •

وشرط الحل فى الزواج على هذا النحو مناطه أن يكون بين الزوجين عقد زواج صحيح قائم بينهما لابطلان فيه ولا فساد • وقد قضى بتوافر الجريمة فى حق المسيحى الارثوذكسى الذى لا تتيح له شريعته الزواج باثنتين فادعى كذبا أن زوجته متوفاه وتوصل بذلك الى التزوج على يد قسيس بفتاة عمرها اثنتا عشرة سنة وعاشرها معاشرة الازواج (جنايات أسيوط جلسة ١٩١٢/١١/٦ عماد المراجع ص ٥٣٠ بند ٢) واذا واقع شخص مسيحى امرأة بأن خدعها وأفهمها أنه خالى الازواج ولكن كان فى عصمته زوجة أخرى ، ودينها يحرم تعدد الزوجات ، بأن أحضر لها شخصا انتحل صفة القسيس وعقد عليها عقدا فاسدا موهما اياها أنه عقد شرعى صحيح فهذا يعتبر مواقعة انثى بغير رضاها والاكراه الادبى مبنى على الخداع •

جنايات بنى سويف ١٩٣١/٢/٣ عماد المراجع ص ٥٣٣ بند ١٨

تمزيق ملابس المعتدى عليه على نحو كشف منه عورة أو مس به عورة كان التصرف مشروعا بالدفاع الشرعى ، واذا قامت سيدة بتفتيش انثى فى مواضع العفة منها بناء على أمر وكيل النيابة المحقق كان التصرف مباحا بأمر القانون ، وأخيرا فان العمل الطبى الذى يتطلب المساس بعورات امرأة أو رجل أو الكشف عنها ، ولو أمام الاعين ( المساعدين من اطباء وممرضين ) اثناء اجراء كشف أو جراحة تجد تبريرها فى رخصة ممارسة الاعمال الطبية ، ما دام القائم بها طبيبا مجازا وكان العمل الطبى مطابقا لاصول الفن الطبى وحاصلا برضاء المريض أو ممثليه الشرعيين وكان الطبيب مستهدفا من عمله الطبى غاية وحيدة هى علاج المريض وهكذا فى كل حالة يتوفر فيها سبب من اسباب اباحة الفعل يصبح الفعل الماس بالعرض مشروعا ويتجرد من صفته الاجرامية لانتفاء العلة من تجريمه. وفى ذلك كله لا جديد يضاف على ما تقرره القواعد العامة فى القانون .

## المبحث الثالث

## فى عدم رضائية التصرف الماس بالعرض

### ٣٤ ـ دور الرضا فى جرائم العرض :[٦٣]

هناك طائفة من الجرائم يترتب على رضاء المجنى عليه فيها عدم قيام الجريمة ، وليس ذلك مرجعه توافر سبب من اسباب اباحة الفعل ( رضاء المجنى عليه ) نزع عنه صفته الاجرامية وانما مرجعه عدم قيام

---

(٦٣) رأينا فيما سبق أن «الرضاء» الصادر ممن وقع عليه الفعل فى الجرائم المخلة بالحياء العام . أو المنافية للاداب العامة أو الخادشة لحياء أنثى أو المحرضة على الفسق لا أثر له ولا تأثير على قيام الجريمة .

الجريمة اصلا باعتبار أن من بين عناصرها « عدم رضاء المجنى عليه » ومن بين هذه الجرائم الخطف والاغتصاب وهتك العرض ، اذ لا تقوم الجريمة بالفعل المحقق لاى منها الا اذا وقع هذا الفعل على المجنى عليه بغير رضاه ، فان توافر الرضا فى الفعل فلا جريمة ، لا لان الرضا بالفعل اباحة وانما لان الفعل الجرمى لم يتحقق اصلا • اذ المبدأ أن توافر الرضاء المعتبر قانونا ، يمنع من قيام الركن المادى للجريمة اذا كان سابقا على اتخاذ الفعل أو معاصرا لاتخاذه •

ويرجع دخول جرائم العرض فى هذه الطائفة من الجرائم ، الى اعتناق المشرع المصرى — جريا وراء المشرع الفرنسى — للمفهوم الاجتماعى للعرض ، الذى يتقلص فيه معناه عند مجرد « حماية الجسد من كل ممارسة غير ارادية للجنس » ، وهو مفهوم يقوم على أساس اجتماعى مؤداه تمتع افراد المجتمع بالحرية الجنسية la liberté sexuelle أى بحرية التصرف فى العرض • فاقتصرت فكرة التصرف الماس بالعرض قانونا على الممارسات الجنسية غير الرضائية ؛ أما الممارسات الرضائية غير المشروعة — وأيا ما كانت درجة الفحش فيها — فلا جريمة فيها[٦٤] •

لكن الرضاء المعتبر قانونا فى جرائم العرض له مفهوم خاص • اذ يلزم أن يكون صادرا ممن يملك قانونا « اهلية التصرف فى العرض » وأن

---

(٦٤) مع ملاحظة ن جريمة الزنا ، لا تمثل استثناء على هذه القاعدة حيث يستند تجريمها الى اعتبارات أخرى ليست من العرض فى شىء •
وقد رأينا فيما سبق تقديرنا لموقف المشرع المصرى من مفهوم العرض بما لا حاجة معه للتكرار •

يكون فوق ذلك قد صدر عنه حرا مختارا • فاذا كان هذا الرضاء صادرا ممن لا يملك تلك الاهلية أو كان يملكها لكنه صدر عنه دون أن يكون حرا فيه أو مختارا ، أعتبر كأن لم يكن باعتباره رضاء غير معتبر من الناحية القانونيـــة •

**٣٥ ـــ سن الاهلية فى الرضاء بالتصرف الماس بالعرض :**

يبين من استقراء النصـــوص المقررة للجرائم الماسة بالعرض أن « سن الاهلية للتصرف فى العرض » فى القانون المصرى هو ثمان عشرة سنة كاملة • وهو ما يستنتج من مفهوم المادة ٢٦٩ عقوبات التى قررت الجريمة فى هتك العرض الواقع على صبى أو صبية لم يبلغ ســن كل منهما ثمان عشرة سنة كاملة ولو كان ذلك بغير قوة أو تهديد أى بالرضا ، اذ بهذا النص يكون المشرع قد أقام قرينة قانونية قاطعة على انعـــدام الرضاء اذا كان المجنى عليه لم يبلغ سنه ثمـــان عشرة سنة كاملة(٦٥) ، وبالتالى فان الفعل الجنسى الواقع عليه يكون دائما غير مشروع مـــن الناحية الجنائية ولو كان واقعا برضائه والحاحـــه على طلبه ، ويعاقب مرتكبه بالعقوبة المقررة « لجنحة هتك العرض » فى القانون ( م ٢٦٩ ) ، أما اذا كان من تحمل الفعل قد بلغ هذه السن كاملة ، ورضى بوقوعه عليه فليس فى نصوص القانون ما يسمح بمؤاخذة مرتكبه لانه نال أمرا برضاء صاحب الحق فى التصرف فيه •

ويجمع الفقه فى مصر ، على أن رضاء المجنى عليها يمنع من قيـــام

---

(٦٥) انظر محمود مصطفى المرجع السابق ص ٢٥٣ ـ عبد المهيمن بكـــر المرجع السابق ص ٦٨٢ •

جريمة المواقعة أو الاغتصاب ، لكن هذا الفقه لا يمكن له أن ينكر أن كل مواقعة تتضمن بالضرورة هتــكا للعرض ، حتى لو اقتصر نشاط الفاعل على محض الايلاج دون ما يصاحبه أو يسبقه بالضرورة من افعال هاتكة والقانون بصريح النص قد أقام الجريمة فى هتك العرض الواقع بالرضاء على من يبلغ سنه ثمان عشرة سنة كاملة • بل أن القانون قد سمى من لم يبلغ السن « بالصبى أو الصبية » بينما أختار لفظ « الانثى » فى جريمة المواقعة كى يدلل على أنه يقصد بها شيئا آخر خلاف الصبية ، وهو ما لا يمكن التماســه الا فى « السن » • يؤكد هذا المعنى ما جــاء فى مضبطة مجلس النواب من أن القانون الحالى بالنظر الى أن البنت تملك تزويج نفسها من سن السادسة عشرة ويعتد القانون برضاها ويقره ، قد قدر الاعتداد بهذه السن ( ١٦ سنة ) بشأن الاعمال المشروعة كالزواج وعدم الاعتداد به قبل بلوغ الثامنة عشرة فى شأن الافعال الشائنة حماية لضعف الصبى أو الصبية فى هذه الناحية[٦٦] • لكنه — للاسف — أخطأ فلم يقرر جريمة الاغتصاب هى الاخرى بالنسبة لمن رضيت به وهى فى هذه السن•

صفوة القول أن « أهلية التصرف فى العرض » فى القانون المصرى هى ثمان عشرة سنة ، فالرضاء الصادر صحيحا ممن بلغ تلك السن يمنع من قيام أية جريمة من الجرائم المتعلقة بالعرض فى القانون المصرى[٦٧] ، أما الرضاء الصادر ممن لم يبلغ تلك السن[٦٨] ، فهو رضاء صادر ممن لا

---

(٦٦) مضبطة الجلسة الثانية والستين لمجلس النواب فى ٢٦ يوليه ١٩٣٧ مشار اليها لدى الاستاذ الدكتور عبد المهيمن بكر • المرجع السابق ص ٧٠٥ •

(٦٧) مع ملاحظة أن رضاء المرأة المتزوجة بوقوع الفعل الماس بالعــرض عليها ، يحول دون قيام جريمتى هتك العرض والاغتصاب ، لكنه لايحول دون قيام جريمة الزنا اذا اتخذ هذا التصرف شكل «الوطء الطبيعى» •

(٦٨) سن ثمانية عشر عاما •

يملكه ولا يحول دون قيام « جنحة هتك العرض » ، وان حال ـ لخطأ فى الصياغة الفنية للتشريع المصرى ـ من قيام جريمة المواقعة[٦٩] .

## ٣٦ ـ مفهوم الرضاء المانع من قيام الجريمة :

اعتبر القانون عدم رضاء المجنى عليها شرطا لقيام جناية الاغتصاب فى تقريره العقاب لمن واقع أنثى « بغير رضاها » ، بما يفيد أن مواقعة الانثى برضاها لا تقوم به تلك الجريمة فى القانون ، لكنه لم يتبع نفس تلك الصياغة فى خصوص جناية هتك العرض اذ قرر الجريمة فى هتك عرض انسان بالقوة أو بالتهديد أو الشروع فى ذلك ( م ٢٦٨ ) وأقام الجريمة استثناء اذا وقع هتك العرض على صبى أو صبية لم يبلغ سن

---

(٦٩) يجدر فى هذه النقطة الاشارة لامرين :

أولهما أن المتزوجة التى لم تبلغ بعد ثمان عشرة سنة لا تقوم فى حق زوجها أية جريمة من جرائم العرض التى تقع عليها من زوجها كالمواقعة وهتك العرض، لا لانها راضية ، وانما لان هذه الافعال مشروعة منه بالزواج .

ثانيا : أن المشرع المصرى قد وقع فى خطأ فادح ، حينما أهمل فى صياغته لجريمة المواقعة سن الانثى التى يحميها ، مطلقا النص دون عناية ليفيد عدم قيام الجريمة كلما كانت الانثى التى وقع عليها الوقاع راضية أيا ماكان سنها، بينما بذل الجهد كله فى صياغته لجريمة هتك العرض.

وقد أدى هذا الخطأ الفنى من جانب القانون الى وقوعه فى مأزق ، فقد أعطى بهذه النصوص للمرأة التى لم تبلغ سن ثمان عشرة سنة أهلية الرضاء بالمواقعة دون هتك العرض فيكون لها أن تبذل عرضها كله للغير لكن لا يكون لها أن تسمح له بملامسة عوراتها أو الكشف عنها . وهو موقف لايمكن علاجه الا بالتدخل التشريعى . فالمشرع تصور أنه كشف عن رأيه فى سن الاهلية بالمادة ٢٦٩ ، لكن حكم هذه المادة لا يمكن أن يسرى على غيرها ، كما أننا لانستطيع أن نقصر تفسير لفظ الانثى على من بلغت ١٨ عاما ـ على أساس أن القانون يعبر عمن لم تبلغ ١٨ عاما بالصبية لا بالانثى م ٢٦٩ ـ لاننا لو فعلنا ذلك وقعنا فى خطأ أفدح ، اذ نكون قد حصرنا محل جناية الاغتصاب فى الانثى التى يزيد عمرها على ١٨ عاما وهى نتيجة أكثر شذوذا .

كل منهما ثمان عشرة سنة كاملة بغير قوة أو تهديد (جنحة هتك العرض)، وهذا معناه أن المشرع تخير لفظ «الرضاء» ليجعل من وجوده سببا مانعا من قيام الجريمة فى الاغتصاب ، بينما استعمل لفظى « القوة أو التهديد » ليجعل من غيابهما سببا مانعا من قيام جناية هتك العرض(٧٠) ، وقد كان يمكن أن يترتب على ذلك التغاير فى الصياغة ، تفاوت فى مضمون المصطلحات ، الا أن الواقع أن قضاء محكمة النقض – يسانده اجماع الفقه – قد استقر دون أدنى شبهة على أن « ركن القوة والتهديد فى جريمة هتك العرض وركن الاكراه فى جريمتى اغتصاب السيدات والشروع فيها بالتهديد يتحقق بكافة صور انعدام الرضاء لدى المجنى عليه » • • و « أنه يكفى لتوافر ركن القوة فى جريمة هتك العرض أن يكون الفعل قد ارتكب ضد ارادة المجنى عليه وبغير رضائه »(٧١) • • وقررت أن

---

(٧٠) وان لم يحل دون توفر جنحة هتك العرض اذا وقع على صبى أو صبية لم تقل سن كل منهما عن ثمان عشرة سنة •

(٧١) هذا قضاء مستقر لا شبهة فيه على الاطلاق • انظر فى مجموعة أحكام محكمة النقض •

«الفعل جناية كلما ارتكب ضد ارادة المجنى عليه وبغير رضاه فيندرج تحت معنى القوة أو التهديد • الاكراه الادبى والمباغتة واستعمال الحيلة لان فى كل من هذه الوسائل ينعدم الرضاء الصحيح • نقض ١٩٥٨/٦/١٦ س ٩ ص٦٥٩ ويصح أن يكون بالتهديد باستعمال السلاح • نقض ١٩٦٣/١٠/٢١ س ١٤ ص ٦٣٩ والمباغتة • نقض ١٩٦٣/٣/٢٦ س ١٤ ص ٢٥٤ • وعاهة العقل المعدمة للرضا نقض ١٩٦٦/٥/٢٣ س ١٧ ص ٦٧٤ • والقوة المادية بطبيعة الحال • نقض ١٩٧٣/٢/١١ س ٢٤ ص ١٥٨ • والتهديد بالذبح نقض ١٩٧٣/٣/٢٦ س ٢٤ ص ٤٣٦ • والعاهة العقلية • نقض ١٩٧٨/٥/٢١ س ٢٩ ص ٥٢٤ •

والفقه وان جرت دراسته لهذا الركن متفرقا بين الجرائم الا أنه لا يضع أدنى تفرقة بين مفهوم الرضا فى جناية الاغتصاب ومفهوم القوة أو التهديد فى جناية هتك العرض ، بل انهما يلتقيان تماما فى مفهوم واحد •

قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن ركن القوة فى جناية المواقعة يتوافر كلما كان الفعل المكون لها قد وقع بغير رضاء المجنى عليها سواء باستعمال المتهم فى سبيل تنفيذ مقصده ومن وسائل القوة أو التهـديد أو غير ذلك مما يؤثر فى المجنى عليها ، فيعدمها الارادة ويقعدها عن المقاومة[٧٢] • وأن المقـرر أن ركن القوة فى جناية هتـك العرض لا يقتصر على القوة المادية ، بل أن المشرع جعل فى التهديد ركنا مماثلا للقوة وقـرنه بها فى النص ، وبذلك أراد أن يعتبر الفعل جناية كلما أرتكب ضد ارادة المجنى عليه وبغير رضاه[٧٣] •

وهكذا يمكن أن نقرر أن « الرضاء المانع من قيام جناية الاغتصاب وجناية هتك العرض » له فى الجريمتين معنى واحد وأن الفقه والقضاء مستقران تماما على « عدم توافر هذا الرضاء » فى الجنايتين ـ فى كل مرة يقع فيها الفعل ضد ارادة المجنى عليه وبغير رضـاه ، أيا ما كانت الوسيلة التى تذرع بها الجانى فى تحقيق مقصده •

**فما هو مفهوم « الرضاء » المانع من قيام الجريمة ؟**

اذا كان لا شـك فى توافر الرضـاء اذا كان المجنى عليه « قابلا » للفعل أى مؤيدا لحدوثه ، فان هذا الرضاء يتوفر كذلك «بعدم مما نعته»

---

(٧٢) الطعن رقم ٢٤٢٠ س ٥٠ جلسة ١٩٨١/٥/٢٥ لم ينشر بعد ٠

(٧٣) فيندرج تحت معنى القوة أو التهديد ـ المباغتة ـ لانه بهـا ينعـدم الرضا الصحيح ٠ الطعن رقم ٥٩٧٦ س ٥٢ ق جلسة ١٩٨٣/١/٢٠ لم ينشر بعد (يتحقق ركن القوة أو التهديد بكافة صور انعدام الرضاء لدى المجنى عليه فهو يتم بكل وسيلة قسرية تقع على الاشخاص بقصد تعطيل المقـاومة أو اعدامها عندهم تسهيلا لارتكاب الجريمة)٠

فى وقوعه ، أى باستسلامه لوقوع الفعل عليه ، ما دام هذا الاستسلام فى الظروف التى وقع فيها يصلح دليلا على قبول المجنى عليه للفعل ، لأن الفعل فى هاتين الحالتين يكون مؤيدا بارادة المجنى عليه أى برضاه[٧٤] • لكن الامر يختلف اذا كان هذا الفعل قد وقع على المجنى عليه « برغم ارادته » ، أى برغم رفضه وهو أمر يفترض اعلانه لارادته الرافضة لوقوع الفعل على جسده بما يدل عليه من مقاومة أو ممانعة بالهرب أو بالصراخ أو التوسل أو حتى الاقوال الخالية من التدلل أو الدلال ، اذ يكون الفعل فى تلك الاحوال واقعا بغير رضاء المجنى عليه ، بل أنه فى الحقيقة قد وقع برغم عدم رضاء المجنى عليه • لكن الواقع أن القانون لم يعلق قيام الجريمة على الحالات التى يقع فيها الفعل برغم ارادة المجنى عليه فقط وانما علق قيامها على وقوع الفعل « دون ارادة » المجنى عليه كذلك أى « دون رضاه » أو « بغير رضاه » • أو أنه بعبارة أخرى جعل وقوع الفعل برضاء المجنى عليه أى بارادته هو وحده الذى يمنع من قيام الجريمة •

---

(٧٤) وعدم الممانعة ، هو ما تطلق عليه محكمة النقض تعبير «سكوت المجنى عليه وتغاضيه» لا يكون دليلا على الرضاء الا اذا كان سكوت المجنى عليه عن رضى واختيار ، أى أن يكون ذلك تعبيرا عن ارادة صحيحة •

«ان سكوت المجنى عليه وتغاضيهعن افعال هتك العرض مع شعوره وعلمه بأنها ترتكب على جسمه لايمكن أن يتصور معها عدم رضائه بها مهما كان الباعث الذى دعاه الى السكوت وحدا به الى التغاضى مادام هو لم يكن فى ذلك الا راضيا مختارا •

نقض ١٩٤٠/٣/٢٥ طعن رقم ٧٠٠ س ١٠ ق فى مجموعة القواعد فى ٢٥ عاما جـ٢ ص ١١٨٩ ، بند ١٨ • وقد أيدت محكمة النقض حكما أدان المتهم بجناية هتك عرض بالقوة لالتصاقة بالمجنى عليها من الخلف وامساكه بها من أردافها ، للادلة التى أوردتها بصرف النظر عما جاء فى أقوال المجنى عليها من أنها سكتت على المتهم دقيقة ونصف • طعن رقم ٤٢٧١ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٢/١١/١٥ لم ينشر بعد •

ووقوع الفعل على المجنى عليه « دون رضاه » أى « دون ارادته » يفترض أن المجنى عليه لم يقاوم وقـــوع الفعل عليه ، الا أنه فى ذات الوقت لم يرض به • اما لانه فاقد للملكات العقلية أو الذهنية التى تنتج الارادة ، كالصغير والمجنـــون والمعتـــوه والابلة ، واما لان تلك الملكات اصيبت بانحطاط عابر صارت به كالمفقودة ســـواء كالسكران والمخـــدر والمغمى عليه والنائم والمنوم مغناطيسيا واما لانه لم يكن — برغم حيازته من الناحية المادية لملكاته العقلية والذهنية كاملة غير منقوصة — الا أن عاملا طرأ شل حركتهما وأهدر قوتهما فى الاختيار ، فرضى بالفعل غير مختار تحت تأثير ذلك العامل ، ومثله وان لم يمنع وقوع الفعل عليـــه بوعيه وارادته الا أن رضاءه به كان منعدما ، كالمكره والمباغت والواقـــع فى غلط والمدلس عليه والمريض العاجز عن المقاومة •

وهذا معناه أن « سكوت المجنى عليه وتغاضيه » كما قد يكون دليـــلا على « عدم الممانعة فى وقوع الفعل » على نحو يتحقق الرضاء به ، قد يكون « عجزا عن الممانعة » أو رضـــوخا للفعل دون الارادة المانعة من قيام الجريمة ، على نحو يتطلب دراسة كل حالة على حدتها ، وهو أمر يدخل فى اطلاقات قاضى الموضوع ، وهو ما يثير فى حقيقة الامر مشكلة « شروط صحة الرضاء » •

### ٣٧ — شروط صحة هذا الرضاء :

الواقع أن القانون حين علق قيام جنـــاية الاغتصاب وجناية هتـــك العرض على عدم رضـــاء المجنى عليه ، يكون قد جعل « رضـــاء المجنى عليه » سببا مانعا من قيام الجريمة ، وقد بينا من قبل أن مفهوم الرضاء انما يعنى توافر الارادة القابلة لوقوع الفعل اما على نحو يؤيد وقوعه

أو يقبل به أو لا يمانع فيه ، اما صراحة واما ضمنا واما باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى رضاء المجنى عليه ، كما لو طالب به المجنى عليه الجانى أو ألح ، أو عرضه الجانى على المجنى عليه فوافق أو ابتسم، أوهم به فذاب واستسلم ، أو قام هو نفسه بغلق النوافذ أو تحرير نفسه من الملابس فالعبرة فى انتاج الرضاء لآثاره هى « بوجود » هذا الرضاء فعلا بصرف النظر عن « اعلانه » أو عن « كيفية اعلانه » ، بل بصرف النظر عن علم مرتكب الفعل به . ما دام قد ثبت وجوده رغم عدم علم الجانى به .

وهذا الرضاء يلزم على ما تفرضه القواعد العامة أن يكون سابقا لوقوع الفعل أو بالاقل معاصرا اياه ، اما اذا وقع الفعل رغم ارادة المجنى عليه أو بدونها فأمتعه وأصاب هوى فى نفسه فرضى به بعد وقوعه فان هذا الرضاء اللاحق لا يؤثر على قيام الجريمة واستحقاق المسئولية فالرضاء اللاحق على الفعل لا قيمه له من الناحية القانونية ما لم تتقرر له تلك القيمة بنص خاص . لكن هذا الرضاء ينتج آثاره اذا كان سابقا على الفعل أو معاصرا لارتكابه فى أية لحظة سابقة على تمامه ، ذلك هو السند القانونى لما قضت به محكمة النقض فى واقعة كان فيها شخصا قد باغت آخر بفعل هاتك للعرض فسكت ( هذا الفعل وقع دون ارادة ) فواصل الجانى افعاله الهاتكة للعرض دون أن يعترض من وقع عليه الفعل ، فقضت المحكمة بأن رضاء المجنى عليه بالافعال التالية ينسحب على الفعل الاول فيجعله أيضا حاصلا بالرضاء وتكون هذه الواقعة لا عقاب عليها[٧٥] ، لكنها أقامت هذا القضاء على سند غير دقيق قالت فيه،

---

(٧٥) نقض ١٩٤٢/٦/٢٢ مجموعة القواعد القانونية حـ٥ ق ٤٣٥ ص٦٨٨ وانظر تطبيقا سلبيا رفضت فيه المحكمة تطبيق المبدأ «لما ثبت لديها من أن =

ان واقعة هتك العرض تكون واحدة ولو تعددت الافعال المكونة لها ، فلا يصح اذن أن توصف وصفين مختلفين «بل يتعين وصفها بالوصف الذى فيه مصلحة للمتهم» اذ الواقع أن السبب فى ذلك ليس وجوب وصف الواقعة بالوصف الذى يفيد المتهم وانما لان الرضاء بالفعل ينتج أثره ليس فقط اذا كان سابقا على بدئه وانما أيضا اذا كان معاصرا لارتكابه ما دام قد توفر فى أية لحظة سابقة على تمامه . وهتك العرض فى هذه الصورة يشكل جريمة واحدة تستهدف غرضا واحدا على حق ينتسب الى مجنى عليه بعينه وان وقعت بافعال متتابعة[٧٦] ومن هنا كان صحيحا ما قالته محكمة النقض من أن هتك العرض اذا بدىء فى تنفيذه بالقوة فصادف من المجنى عليه قبولا ورضاء صحيحين فان ركن القوة يكون منتفيا فيه[٧٧] . وما قررته محكمة النقض بصدد جريمة هتك العرض قابل للانطباق حتى على جريمة الاغتصاب لانه تطبيق لمبدأ عام مع ملاحظة بسيطة هى أن الفعل فى الاغتصاب ينتهى « بالايلاج » ، فمتى تحقق الايلاج يكون الفعل الجرمى الذى تقوم به الجريمة قد بدأ وانتهى بصرف النظر عما يتلوه من استمرار فى الايلاج أو معاودة له ، وكل رضاء من المجنى عليها به بعد لحظة الايلاج هو رضاء لاحق لتمام الفعل

---

=

المجنى عليها قد صفعت المتهم فى المرة الثانية» نقض ١٩٥٣/٦/١٥ طعن رقم ٨٤٣ ، القواعد القانونية فى ٢٥ عاما حـ٢ ص ١١٩٠ بند ٣٠

(٧٦) ومع ذلك انظر الاستاذ الدكتور محمود نجيب حسنى المرجع السابق ص ٣٩٢ ، حيث لا يوافق على اطلاق هذا المبدأ ، اذ يرى أن الفعل الاول الذى يرتكب بغير رضاء المجنىء ليه ، كما لو وقع بغتة تقوم المسئولية به ، فلا يجوز أن ينهيها ارتكاب أفعال تالية تحقق الرضاء بها . اذ لا يعرف القانون سببا من هذا القبيل لانهاء المسئولية . لكن يجوز القول بأن الرضاء بالفعل الثانى يقيم قرينة على الرضاء بالفعل الاول هذه القرينة قابلة لاثبات العكس

(٧٧) نقض جلسة ١٩٤٠/٣/٢٥ طعن رقم ٧٠٠ س ١٠ ق ، فى مجموعة القواعد القانونية فى ٢٥ عاما حـ٢ ص ١١٩٠ بند ٣٤ .

ولا أثر له على قيام المسئولية • فالرضاء المعتبر فى جريمة الاغتصاب هو الرضاء السابق على لحظة الايلاج ولو كان مسبوقا بمقاومة وممانعة•

كما يشترط لصحة الرضاء أن يكون ـــ من ناحية أخرى ـــ صادرا عن شخص « يحوز الملكات العقلية والذهنية القادرة على فهم المغزى الحقيقى لرضائه وتقدير دلالته » ، فاذا كان المجنى عليه فاقدا لهذه الملكات ، فلا يمكن قانونا القول بأن الفعل قد وقع عليه بارادته وهو لا يملك الملكات التى تنتج تلك الارادة • ولا يجوز فى هذه المنطقة أن نخلط بين الملكات العقلية والذهنية المتطلبة قانونا لقيام المسئولية الجنائية للفاعل ومعاييرها وبين الملكات الذهنية والعقلية اللازمة لتمكين المجنى عليه من قدرة وصلاحية منح الرضاء بأمر يقع عليه ، واذا كان لا شك فى أن الصبى غير المميز الذى يقل سنه عن سبع سنوات لا يحوز من تلك الملكات قدرا يمكنه من تحمل هذه أو تلك ؛ فان من تجاوز سن السابعة يمكن أن تكون ملكاته بالغة من الهبوط حدا لا تسمح له بفهم مغزى ما يرضى به ولادلالته على نحو يجعل رضائه الظاهرى فى حكم المنعدم • ومن هنا فان حيازة الملكات العقلية والذهنية القادرة على فهم المغزى الحقيقى للرضاء ، وتقدير دلالته أمر لا يرتبط فى مادة العرض بسن معينة وانما هو أمر موكول تقديره لقاضى الموضوع فى كل حالة على حدتها ، غاية الامر أن من لم يبلغ السابعة من عمره يفترض ـــ وفقا للقواعد العامة للقانون ، وبصريح نص المادة ٢٦٩ عقوبات ـــ فقدانه للوعى والتمييز اللازم مبدئيا للاعتداد برضاه ، دون بحث(٧٨) وما يسرى على الصغير يسرى كذلك على المجنون والمعتوه والابله •

---

(٧٨) انظر الطعن رقم ١٥٣٩ س ٥٠ ق جلسة ١١/١/١٩٨١ لم ينشر بعد وقررت فيه «ان رضاء الصغير الذى لم يبلغ السابعة • كما فى الدعوى المطروحة غير معتبر قانونا ويعد هتك عرضه جناية هتك عرض بالقوة ولو لم تستعمل ضده أى وسيلة من وسائل الاكراه أو القسر»•

وبديهى أن صحة الرضاء لا تتوقف على مجرد حيازة تلك الملكات ، وانما على تحررها مما يعوق ادائها لوظائفها ، فاذا كانت هذه الملكات قد أصيبت بانحطاط عابر — أيا ما كانت اسبابه — صارت به من حيث أدائها لوظائفها كالمفقودة ، كالسكران والمخدر والنائم والمنوم مغناطيسيا والمغمى عليه ، أو كانت برغم وجودها وعدم انحطاطها قد تعرضت لعامل طارىء شل حركتها وأهدر قوتها فى الاختيار فرضيت بالفعل غير مختارة تحت تأثير ذلك العامل ، كان رضاؤها بالفعل منطويا على ما يعيبه ، كالمكره والمباغت والمخدوع والمدلس عليه والعاجز عن المقاومة لمرض أو غيره •

### ٣٨ — أثر توافر الرضاء على قيام جرائم العرض :

اذا قام الرضاء بالجريمة بالمعنى السابق،وتوافرت له شروط صحته، فان هذا الرضاء يقف مانعا من قيام جناية الاغتصاب أيا ما كان سن المجنى عليها ما دامت قد تجاوزت السابعة ( م ٢٦٧ ع ) ، كما يقف هذا الرضاء مانعا من قيام جناية هتك العرض ( م ٢٦٧ ع ) ما دام سن المجنى عليها قد تجاوز السابعة • باعتبار أن الرضاء الصادر ممن هم دون تلك السن غير معتبر قانونا •

لكن هذا الرضاء لا يحول دون قيام جنحة هتك العرض اذا كان المجنى عليه فيها لم يبلغ عمره ثمان عشرة سنة كاملة ( م ٢٦٩ ) وهذه الجريمة قابلة لان تضم كل ممارسة جنسية غير مشروعة تشكل هتكا للعرض ، مع ملاحظة أن كل وقاع يتضمن بالضرورة هتكا للعرض ، اذا وقع على المجنى عليها لم يتجاوز سنها ثمان عشرة سنة كاملة برضائها الصحيح •

## ٣٩ ــ عدم رضاء المجنى عليه :

اذا لم يتوفر رضاء المجنى عليه بالفعل الجنسى الذى تحمله ، مستجمعا شروط صحته ، يكون هذا الفعل قد وقع دون رضاء المجنى عليه ، ويكون بالتالى مشكلا لجناية اغتصاب أو هتك عرض على حسب التكييف القانونى للفعل الصادر من المتهم • وقد رأينا كيف أن القضاء فى مصر قد استقر من قديم على انعدام رضاء المجنى عليه فى كل حالة يقع فيها الفعل بغير رضاه سواء باستعمال المتهم فى سبيل تنفيذ مقصده وسائل القوة أو التهديد أو غير ذلك مما يؤثر فى المجنى عليه فيعدمه الارادة ويفقده المقاومة ، أو بمجرد مباغتة المجنى عليه أو بانتهازه فرصة فقدانه شعوره واختياره اما لجنون أو عاهة فى العقل أو لغيبوبة ناشئة عن عقاقير مخدرة أو لاى سبب آخر كالاستغراق فى النوم[٧٩] • أو بناء على مجرد خداع المجنى عليه أو مباغتته[٨٠] •

وهكذا استقر القضاء على أن رضاء «الصغير الذى لم يبلغ السابعة» غير معتبر قانونا ويعد هتك عرضه جناية هتك عرض بالقوة ولو لم تستعمل ضده أى وسيلة من وسائل الاكراه والقسر[٨١] ، أما رضاء « المجنون » أو المصاب « بعاهة فى عقله » فهو فى الاصل سبب موجب لانعدام رضاه لفقدانه الشعور والاختيار[٨٢] • لكن هذا الامر مسألة

---

(٧٩) قضاء مستقر دون شبهة • نقض ١٩٤٠/٣/٢٥ الطعن رقم ٧٠٠ س ١٠ ق القواعد القانونية فى ٢٥ عاما ص ١١٨٩ بند ١٨ ج٢ •

(٨٩) نض ١٩٤١/٥/١٩ طعن رقم ١٢٦٠ سنة ١١ ق القواعد القانونية فى ٢٥ عاما ص ١١٨٩ بند ١٩ ج٢ •

(٨١) نقض ١٩٨١/١/١١ لم ينشر بعد مشار اليه من قبل •

(٨٢) راجع بالنسبة لتقرير انعدام الرضاء بالجنون وعاهة العقل نقض ١٩٤٢/٦/٢٢ ومن رقم ١٤٧١ س ١٢ ق القواعد فى ٢٥ عاما ص ١١٨٩ بند ٢٣ ج ٢ •

واقع ينبغى على محكمة الموضوع أن تبحثه وذلك ببحث خصائص هـذا الجنون أو ذاك المرض وأثره فى ارادة المجنى عليه وصحة رضاه[٨٣] • فقد يكون هذا الجنون أو تلك العاهة أو البلة متقطعا أو يسرا[٨٤] •

كما استقر على انعدام رضاء المجنى عليه الذى أصيبت ملكاته العقلية أو الذهنية بانحطاط عابر جعلها كالمفقودة سواء بسواء يستوى فى ذلك

(٨٣) وانظر نقض ١٩٧٨/٥/٢١ أحكام محكمة النقض س ٢٩ ق ٩٧ ص ٥٢٤ • وكانت النيابة العامة قد رفعت الدعوى على المتهم بوصف جناية هتـك العرض فأدانته المحكمة بتهمة جنحة هتك العرض ، لعدم ثبوت استعمال القوة المادية • فطعنت النيابة على الحكم لان المتهم ـ كما هو ثابت فى الحكم ـ وان بلغ من العمر ثلاث عشرة سنة الا أنه مصاب بمرض عقـلى خلقى •فنقضت محكمة النقض الحكم • لان محكمة الموضـوع رغم تسليمها بأن المجنى عليه مريض بمرض عقلى خلقى قد خلا حكمها من بحث خصائص ذلك المرض وأثره فى ارادة المجنى عليه توصلا للكشف عن توافر رضاه الصحيح ، الـذى يجب تحققه لانتفاء القوة أو التهديد • لما هو مقرر من أن انعدام الرضـاء لايتحقق فقط باستعمال القوة المادية ، بل أنه يتحقق كذلك بكافة صور انعـدام الرضاء لدى المجنى عليه ومن بين هذه الصور عاهة العقل التى تعدم الرضاء • وأنظـر فى نفس هذا المعنى (المجنى عليه سنه من ٩ ـ ١٠ ونموه العقلى متأخر بحوالى أربع سنوات) نقض ١٩٦٤/٤/١٤ أحكام النقض س ١٥ ص ٣١٨ وانظر فى ذلك فى فرنسا : جارسون • المرجع السابق المواد ٣٣١ الى ٣٣٣ ، بند ٣٥،٣٤ ص ٨٤٦ ، ٨٤٧ وانظر أندريه فيتى ، المطول سابق الاشارة اليه ص ١٥٠٥ وانظر جارو المطول السابق ص ٤٧٦ •

(٨٤) قضت محكمة النقض بأن البله عاهة فى العقل يوقف نمو الملكـات الذهنية دون بلوغ مرحلة النضج الطبيعى ولا يتطلب فى عاهة العقل أن يفقـد المصاب الادراك والارادة معا ، وانما تتوافر بفقد أحدهما • ونقضت أمر بالاحالة اقتصر فى التدليل على توافر الرضاء لدى المجنى عليها فى جناية هتك العرض باستظهار ادراكها للنواحى الجنسية ••• بغير أن يبحث خصائص ارادتهـا وادراكها العام توصلا للكشف عن رضاها الصحيح الذى يجب تحققه لاستبعاد ركن القوة • نقض ١٩٦٦/٥/٢٣ أحكام النقض س ١٧ ص ٦٧٤ •

أن يكون هذا الانحطاط راجعا الى سبب مشروع أو غير مشروع ، راجع الى الطبيعة أو الى فعل الجانى أو المجنى عليه أو الغــير • فاذا أثبت الحكم أن المتهم أخرج عضو تناسل المجنى عليه وهو فى « حالة سكر » وأخذ يعبث فيه بيده فهذا كاف لاثبات توافر ركن القوة[٨٥] • يستوى فى ذلك أن يكون المجنى عليه سكرانا أو مخدرا لاسباب تخصه أو أن يكون الجانى اسكره ليوقع عليه الفعل أو أسكره الغير وأستغل فيه الجــانى ذلك ، وما يسرى على السكر يسرى على التخدير والتنــويم باستخدام أية مادة تكون من شأنها أن تفقد الخاضع لتأثيرها الادراك أو الارادة أو الاثنين معا ، كالحقن المخدرة وكل ما يمكن استخدامه فى التخدير سائلا أو غازيا أو صلبا كالحبوب المنومة والبخور وقد قضى تطبيقا لذلك بانعدام الرضاء باستعمال بخور شديد قرر الطبيب الشرعى أن بامكانه أن يحدث دوارا للمجنى عليها لما له من تأثير على اعصابها ومن شأنه افقادها قوة المقاومة ، وان لم يصل الى حد فقد الصواب[٨٦] •

كما يتحقق انعدام الرضاء اذا كان الجانى قد استفاد من انحطاط عابر للملكات الذهنية والعقلية للمجنى عليه بفعل المرض كحالات الغيبوبة الناجمة عن اغماء أو صرع état de coma une crise d'épilepsie [٨٧] ،

---

(٨٥) نقض ١٩٣٦/١١/٢٣ طعن رقم ٢٤٦٦ سنة ٦ ق • القواعد القانونية فى ٢٥ عاما ص ١١٨٩ بند ٢١ • جـ٢ انظر فى فرنسا • اندريه فيتى ص١٥٠٥

(٨٦) نقض ١٩٣٦/١/٦ القواعد القانونية جـ٣ ق ٤٢٥ ص ٥٣٤ حـ٢ •

(٨٧) انظر جارسون ، المرجع السابق ، المواد ٣٣١ ، ٣٣٣ ـ بند ٣٥، ص ٨٤٧ • وانظر الحكمين المشارين فيه تطبيقا لتلك الحالة ـ هذه الاحــوال لــم تعرض أمام القضاء المصرى لكنه مستقر على توافر انعــدام الرضاء بهــا بل ويذكرها صراحة «الغيبوبة» •

أو بفعل الجانى كالتنـــويم المغناطيسى hypnotisme للمجنى عليه[٨٨] ، أو بفعل الطبيعة كالاستغراق فى النوم ، كما لو جثم المتهم على المجنى عليها وهى نائمة ورفع جلبابها وأدخل قضيبه من فتحة لباسها وأخـــذ يحكه فى فرجها من الخارج حتى أمنى ، فاستغاثت بوالدتها التى كانت تنام بجوارها[٨٩] أو كما لو فاجأ المتهم المجنى عليها وهى نائمة وقبلهـــا وأمسك ثديهـــا[٩٠] ٠

ويتحقق انعدام الرضاء أخيرا على ما استقر عليه القضاء ولو كان المجنى عليه حائزا من الناحية المادية للملكات العقلية والذهنية التى يقوم عليها الادراك والاختيار كاملة ، اذا طرأ فى ظروف الواقعة عامل كان من شأنه أن شل حركتها وأهدر قوتها فى الارادة والاختيار فرضى بالفعـــل غير مختار تحت تأثير ذلك العامل ، كعامل الاكراه باستخدام القوة المادية أو التهديد ، وعامل المباغته ، وعامل الحيلة والخداع ، وعامل فقـــدان الجسد لقدرته على المقاومة لمرض أو نحوه ٠

---

(٨٨) انظر جارو ، المطول سابق الاشارة اليه ص ٤٧٨ والاحكام المشـــار اليها فى هامش ١٩ من نفس الصفحة ٠ وانظر اندريه فيتى ، المطول السـابق ص ١٥٠٥ ٠

(٨٩) نقض ١٩٥٠/٤/٢٤ الطعن رقم ٢٨٩ سنة ٢٠ ق ـ القواعدالقانونية فى ٢٥ عاما بند ٢٥ ص ١١٨٩ حـ٢ ٠

(٩٠) نقض ١٩٥٢/١/٢١ الطعن رقم ١٠٢٥ س ٢١ ق ٠ القواعد فى ٢٥ عاما ص ١١٩٠ بند ٢٨ جـ ٢ واذا كانت المجنى عليها قد استيقظت من نومهـــا على صوت رجل يقف بجانب رأسها يهزها بيد ويمسك ثديها بيد أخرى،وأخذ يراودها عن نفسها فلما أبت واستغاثت وضع يده على فمها ومزق قميصها من أعلاه ولمس بيده الاخرى ثديها ٠ جلسة ١٩٥٠/٥/٢٢ طعن رقم ٣٦٢ سنة ٢٠ ق الموضع السابق بند ٢٧ ٠ حـ٢ ٠

وأنظر فى فرنسا بالنسبة لنوم المجنى عليها cass. 25 juin 1857. B. 240

فأما عن « الاكراه المـــادى » la violence ، فيشمل على وجــه الخصوص سائر أنواع العنف البدنى الموجــه الى جسد المجنى عليــه شخصيا بقصد قهر مقاومته وحمله على الرضوخ مختارا ، ومن هنا فان هذا الاكراه لا يتحقق اذا أوقعه الجانى على شخص سواه ، مهما كان هذا الاعتداء وحشيا ومهما كانت صلة هذا الشخص بالمجنى عليه ، كما لو كان يصحبه أو كان زوجة أو أخيه أو أبيه وأراد أن يحميه ، ما دام قد أوقع فعله الجنسى على المجنى عليه برضاه . كما لا يتحقق الاكراه من باب أولى اذا كان هذا العنف ماديا موجها الى الابواب أو النوافذ أو كلاب الحراسة بقصد الدخول الى حيث يلقى المجنى عليه فواقعة أو هتك عرضه برضاه[٩١] .

ولا يلزم فى العنف أن يكون « بليغا » وانما الذى لا غناء عنه هو أن يكون « مؤثرا » ، وهو ما يتحقق فى كل حالة يثبت فيها أمام القاضى أن هذا العنف ـــ ولو اتخذ أدنى درجات الجسامة ـــ كان من شأنه ( رعبـــا من العنف فى ذاته ، أو خوفا على الحياة وســـلامة البدن ) حمل المجنى عليه على الرضوخ غير مختار . فالعبرة ليست بدرجة جسامة العنف فى ذاته وانما بمبلغ أثره فى ارادة المجنى عليه . وهى مسألة تختلف باختلاف الجانى والمجنى عليه والمكان والزمان والوسيلة . وتقديرها متروك مطلقا لتقدير قاضى الموضـــوع[٩٢] .

---

(٩١) اندريه فيتى المطول السابق ص ١٥٠٤ ـــ جـــارو المرجع السابق مع ملاحظة أن هذه الافعال يمكن أن تشكل جريمة أخرى فى القانون . بـــل أن الاكراه يتحقق اذا وقع العنف على المجنى عليها بقصد الايذاء البدنى ، ثم بعـــد أن فرغ منه اثاره ماهى عليه من عناء بدنى فواقعها واستسلمت له برضاها .

(٩٢) اندريه فيتى المطول السابق ص ١٥٠٤ .

وهذا معناه أن مقاومة المجنى عليه للعنف لا يلزم من جهة أن تكون « شديدة » ، ولا أن تكون « مستمرة » ، فاذا كانت مقاومة المجنى عليه ضرورية الا أن هذه المقاومة يمكن أن تتوفر قانونا ولو هبطت الى الحد الأدنى الذى يتمثل فى مجرد دفع الجانى عنه ، بشرط أن يكون دفعا يفهم منه عدم الرضاء لا مجرد التدلل أو الدلال ، كما لا يلزم بطبيعة الحال أن تستمر تلك المقاومة بل يكفى أن يكون المتهم قد استعمل الاكراه — المادى أو المعنوى — بطريقة كافية للتغلب على مقاومة المجنى عليه .. فاذا فقد قواه واصبح لا يستطيع المقاومة فالاركان القانونية للجريمة تكون متوفرة[٩٣] .

وتطبيقا لذلك كله قضى بتوافر الاكراه فى حق متهم أوقع المجنى عليها بالقوة وأرقدها عنوه ثم رفع ثيابها وكشف جسمها وجذب سروالها فامسكت برباط الاستيك تحاول منعه من الوصول الى غرضه فتمزق لباسها فى يده وفك أزرار بنطلونه وجسم فوقها وهو رافع عنها ثيابها يحاول مواقعتها بالقوة[٩٤] وفى حق متهمين دفعا المجنى عليها كرها للركوب معهما فى السيارة بقصد مواقعتها ثم انطلقا بها وسط المزارع التى تقع على جانبى الطريق حتى اذا ما اطمأنا الى أنهما قد صارا بمأمن من أعين الرقباء وأن المجنى عليها صارت فى متناول ايديهما شرعا فى اغتصابها دون أن يحفلا بعدم رضائها[٩٥] وفى حق متهمين أخرجوا المجنى عليه عنوة من الماء الذى كان يسبح فيه عاريا ولم يمكنوه من ارتداء ثيابه واقتادوه

---

(٩٣) نقض ١٩٢٥/٢/٢ المحاماة س ٥ ق ٦٠٨ ص ٧٣٦ .

(٩٤) نقض ١٩٥٦/١٠/٢٩ أحكام النقض س ٧ ص ١٠٧٩ .

(٩٥) نقض ١٩٦١/١/٢٠ أحكام النقض س ١٢ ص ١٥٦ .

وهو عار بالطريق العام(٩٦) • وفى حق متهم أدخل المجنى عليها بالقـــوة الى مسكنه وأغلق بابه ثم كم فاها بيده وهددها بذبحها ان استغاثت ثم خلع عنها سروالها ورقد فوقها وحك قضيبه فى فخذيها حتى امنى(٩٧) وفى حق متهم امسك بالمجنى عليها عنوة وطرحها وخلع عنها سروالها وكشف عن موضع العفة فيها ووضع اصبعه فيه(٩٨) وفى جذب متهم لامرأة من ذراعها وكتفها وادخالها غرفة النـــوم ومواقعتها كرها عنها(٩٩) أو جذب المتهم المجنى عليها وهى مارة بمكان مهجور عائدة الى منزلها واقتادها عنوة بعيدا عن المارة وحاول نزع سروالها عنها كرها(١٠٠) •

أما عن « الاكراه الادبى » la violena morale ، فهو قـــوة انسانية مكرهة تتذرع بأية وسيلة تدفع بالمجنى عليه الى الرضاء بوقوع الفعل الجنسى عليه تحت تأثير الخوف من خطر أو ضرر جسيم وشيك الوقوع وهو يتخذ عادة صورة التهديد بالقتـــل أو الايذاء • والاكراه المعنوى على هذا النحو يلزم أن يكون على درجة من الجسامة من شأنها

---

(٩٦) نقض ١٩٦٩/٦/٩ أحكام النقض س ٢٠ ص ٨٠٣ •

(٩٧) نقض ١٩٧٣/٣/٢٦ أحكام النقض س ٢٤ ق ٩٠ ص ٤٣٦ •

(٩٨) نقض ١٩٧٧/١/١٧ أحكام النقض س ٢٨ ق ٢٢ ص ١٠٢ •

(٩٩) طعن رقم ٢٤٢٠ س ٥٠ ق جلسة ١٩٨١/٥/٢٥ لم ينشر بعد •

أنظر تطبيقات أخرى فى نقض ١٩٥٠/٤/١٧ طعن رقم ٣٥٠ سنة ٢٠ ق «جثم على المجنى عليها عنوة وأدخل أصبعه فى دبرها» •

نقض ١٩٥٤/١٠/٤ طعن رقم ٩٦٢ س ٢٤ ق • «طرق باب المجنى عليهـــا ليلا ففتحته معتقدة أنه زوجها ، فسارع المتهم بالدخول واغلاق الباب من خلفه وأمسكها من صدرها ومن كتفها وجذبها اليه وروادها عن نفسه مهددا اياهـــا بالايذاء ان رفضت فاستغاثت فاعتدى عليها بالضرب •

وجميعها بمجموعة القواعد فى ٢٥ عاما • حـ٢ •

(١٠٠) الطعن رقم ٦١٦٣ س ٥٣ ق جلسة ١٩٨٤/٣/١ لم ينشر بعد •

أن تحمل المكره على الرضاء بوقوع الفعل عليه مجبرا اتقـاء لضرر أو خطر وشيك الوقوع ، وتقدير جسامة التهديد ومدى تأثيره على ارادة المكرة ، أمر موضوعى يترخص فى تقديره قاضى الموضوع ، لكن معياره هو على الدوام « أمر شخصى » قوامه المكرة نفسه ، وهل كان بوسعه فى ظروفه البدنية وحالته الصحية والنفسية ومجموعة قيمه واهتماماته النفسية مقاومة ذلك التهديد أم لا ، بصرف النظر عن معقولية اجابتـه بالقياس الى الرجل العادى • فالعبرة ليست بقيمة التهديد فى ذاته وانما بدرجة تأثيره فى نفسية من وجه اليه ، يستوى أن يكون هذا التهديد موجها الى المجنى عليه نفسه ( كتهديد امرأة بابلاغ زوجها بسقطة اخلاقية لها ان لم تقبل مواقعته ، او ابلاغ الشرطة عن جريمة ارتكبتها ان لم ترض ) أو كان موجها الى أحد من ذويها كابنها أو زوجها أو أحد أفراد اسرتها •

وتطبيقا لذلك قضى بتوافر الاكراه الادبى فى حق متهمين هددا المجنى عليها بقتل وليدها الذى كانت تحمله ان لم تستجب لرغبتهما فى مواقعتها مما أدخـل الفزع والخـوف على قلبها ــ بعد أن انفـردا بها فى قلب الصحراء ــ خشية على وليدها فأسلمت نفسها لكليهما تحت تأثير هـذا الخوف[١٠١] • وتهديد المجنى عليهـا بعدم تمكينها من مغادرة المسـكن الا بعد أن يقوم بمواقعتها[١٠٢] ، وفى جذب المتهم للمجنى عليها من يدها ودفع المرافق لها جانبا وسؤالها عما اذا كانت بكرا أم ثيبا فأخبرته بأنها بكرا فأصر على معرفة ذلك بطريقته الخاصة وهددها بمطواه بأن وضعها ملاصقة لملابسها وأدخلها الى فنـاء مظلم لاحد المنازل وتطـاول على

---

(١٠١) نقض ١٩٨٠/٣/١٦ أحكام النقض س ٣١ ص ٣٨٤ •
(١٠٢) نقض ١٩٧٩/٥/٧ أحكام النقض س ٣٠ ق ١١٥ ص ٥٣٨ •

جسدها بأن أمسكها من ثديها[١٠٣] • • وقضى فى فرنسا بتوافر هـذا الاكراه فى حق رجل بوليس من مدغشقر أقام مع امرأة علاقات جنسية بعد أن هددها بادخالها السجن[١٠٤] • وفى تهديد فتاة بتركها عارية وحدها فى مكان منعزل ان لم ترضى بوقاعها[١٠٥] ، وقضى فى مصر بتوافر هذا الاكراه فى حق مدير لاحدى المدارس استدعى المجنى عليه وهو تلميذ فى المدرسة الى غرفة نومه الملحقة بمكتبه بالمدرسة وخلع عنـه سرواله وأرقده ثم هتك عرضه فخرج بعد ذلك باكيا وبادر بابلاغ بعض زملائه وخاله[١٠٦] •

أما عن « المباغته » la surprise فقد استقر الفقه والقضاء فى مصر وفرنسا على أخذه حكم الاكراه ، باعتبار أن حدوث الرضاء معه مستحيل ، وفى هذا تقول النقض المصرية انه اذا كان الحكم المطعون فيه قد قال « ان مباغتة المجنى عليه ووضع المتهم اصبعه فى دبره فجأة وهو جالس مع غلام آخر يعدم الرضـا وبذلك يكون ركن الاكراه متوافرا » فقوله صحيح[١٠٧] • وتطبيقا لذلك قضى بأنه متى كان الحكم قد اثبت أنه بينما كانت المجنى عليها تسير فى صحبة زوجها وكان المتهم يسير مع لفيف من الشبان ، وتقابل الفريقان وكان المتهم فى محاذاة المجنى عليها وعلى مسافة خمسين سنتمترا منها مد يده حتى لمس موضع العفة منها

---

(١٠٣) الطعن رقم ٩٨٢ س ٥٢ ق جلسة ١٩٨٢/٣/١٧ لم ينشر بعد •

(١٠٤) cass 29 avril 1960 B. 225.

(١٠٥) cass crim 13 Jav. 1968. B. 23

(١٠٦) نقض ١٩٧٣/١٢/١٠ أحكام النقض س ٢٤ ق ص ١١٩١ •

(١٠٧) الطعن رقم ١٤٠١ س ١٥ ق • جلسة ١٩٤٥/١٠/٢٢ • القـواعد القانونية فى ٢٥ عاما جـ٢ ص ١١٨٩ بند ٢٤ •

وضغط عليه بين اصابعه . . . فان عنصر المفاجأة المكون للاكراه يكون قد تحقق[١٠٨] وفى مفاجأة المتهم للمجنى عليها أثناء وقوفها وضغط اليتها بيده فان جناية هتك العرض بالقوة تكون قد تحققت لما فى ذلك من مباغتة للمجنى عليها[١٠٩] . وقضت بأن كون المتهم باغت المجنى عليها من خلفها أثناء وقوفها بداخل احدى سيارات النقل العام والتصق بدبرها بعد أن أخرج قضيبه من سرواله فقامت بدفعه بعيدا عنها . . . فان هذا الذى أورده الحكم كاف لاستظهار ركن القوة[١١٠] ، وفى كون المتهم قد خلع عن المجنى عليها سروالها بغتة وجثم فوقها ووضع قضيبه بين فخذيها[١١١] .

أما عن « الحيلة » بما تفضى اليه من غش أو خداع Fraude فقد استقر التطبيق القضائى على اعطائه حكم الاكراه من وجهة انعدام الرضاء المتعلق به . وهو تطبيق لمبدأ قانونى عام مقتضاه أن الغش يفسد كل أمر . فمن يتوصل الى مواقعة انثى بالخديعة بأن دخل سريرها على صورة ظنت معها أنه زوجها ، فانها اذا كانت قد سكتت تحت تأثير هذا الظن فلا تأثير لذلك على توافر أركان الجريمة[١١٢] . كما يكون

---

(١٠٨) نقض ١٩٥٠/٥/١ أحكام محكمة النقض س ١ ق ١٨٤ ص ٥٦١

(١٠٩) نقض ١٩٥٢/٢/٤ طعن رقم ١١٢٨ سنة ٢١ ق . القواعد فى ٢٥ عاما حـ ٢ ص ١١٩٠ بند ٢٩ .

(١١٠) الطعن ٥٩٧٦ س ٥٢ ق جلسة ١٩٨٢/١/٢٠ لم ينشر بعد .

(١١١) الطعن رقم ٢٥٧٦ س ٥٣ جلسة ١٩٨٣/١٢/١١ لم ينشر بعد .

(١١٢) نقض ١٩٥١/٥/١٤ أحكام النقض س ٢ ق ٣٩٧ ص ١٠٩٨ .

وأنظر النقاش الذى كان دائرا حول هذا الموضوع قديما . جارو المطول السابق، ص ٤٧٧ وكانت غرفة اتهام بيزانسون قد رفضت ذلك ، وقد انتقد الفقيه الفرنسى جارو قضاءها .

وفى القضاء بتوافر الجريمة فى هذه الصورة ، كما حدثت فى مصر حرفيا:
crim 27 déc 1883. B. 295

الرضـــاء منعدما اذ كان المتهم وهـــو مسيحى ارثوذكس لا تبيـــح له شريعته الزواج باثنتين ، قد ادعى كذبا أن زوجته متوفاة وتوصل بذلك الى التزوج على يد قسيس بفتاة عمرها اثنتا عشرة سنة وعاشرها معاشرة الازواج[113] أو اذا واقـــع شخص مسيحى امرأة وأفهمها انه خـــالى الأزواج ولكن كان فى عصمته زوجة أخرى ، ودينها يحرم تعدد الزوجات بأن أحضر لها شخصا انتحل صفة قسيس وعقد له عليها عقدا فاســـدا موهما اياها بأنه عقد شرعى صحيح فهذا يعتبر مواقعة انثى بغير رضاها والاكراه ادبى مبنى على الخداع[114] أو أن يطلق زوج زوجته طلاقا مانعا من حل الاستمتاع ، ويكتم عنها أمر هذا الطلاق عامدا قاصدا ، ثم واقعها وثبت بطريقة قاطعة انها عند المواقعة كانت جاهلة تمام الجهـــل بسبق وقوع الطلاق المزيل للحـــل وثبت قطعيا انها لو كانت قد علمت بالطلاق لا متنعت عن الرضاء له ٠ ٠ ٠ كان تحت تأثير اكراه عقـــد زال أثره بالطلاق وهى تجهله[115] كما يتحقق الخداع من ناحية اخرى اذا تعلق بالمظاهر التى اتخذها المتهم لنفسه والتى أدخل بها فى روع المجنى عليها بتصرفاته أنه طبيب بالمستشفى فسلمت بوقوع الفعل الذى استطال الى موضع العفة منها وخدش حياءها ، فان هذا مما تتحقق به جريمة هتك العرض بالقوة[116] ٠ كما قضى فى فرنسا بانعدام الرضاء للحيلة فى حق طبيب للاسنان كان يتحايل فى طريقه ملاصقته الجسدية لمرضاه

---

(١١٣) جنايات أسيوط جلسة ١٩١٢/١١/٦ عماد المراجع ص ٥٣٠ بند ٢

(١١٤) جنايات بنى سويف ١٩٣١/٢/٣ عماد المراجع ص ٥٣٣ بند ١٨

(١١٥) نقض ١٩٢٨/١١/٢٢ القواعد القانونية جـ ١ بند ١٦ ص ٢٢ ٠

(١١٦) نقض ١٩٦٠/٦/٢٧ أحـــكام النقض س ١١ ق ١١٨٥ ص ٦٢٧

وأنظر كذلك تطبيقا جلسة ١٩٤٢/٤/١٣ مجموعة القواعد جـ٥ ق ٣٨١ ص ٦٤٣

أثناء العلاج بتحميلهم بملامسات جسدية فاحشـــة دون رضاهم[١١٧] ٠ وهو ما يتحقق بطبيعة الحال فى حق كل طبيب يقوم أثناء كشفه الطبى على امرأة ، بالتحايل فى الطريقة التى يجرى بها كشفه ليواقعها[١١٨] أو يلامسها ملامسة فاحشة ، أو يباغتها أثناء الكشف بشىء من ذلك ٠

وأخيرا يكون الرضاء منعدما اذا كان المجنى عليه « فاقـــد للقدرة البدنية على المقاومة » لمرض أو نحوه ، كما لو كان المتهم قد باغت المجنى عليها وهى مريضة ومستلقية فى فراشها وكم فاها بيده وانتزع سروالها ثم اتصل بها اتصالا جنسيا بايلاج قضيبه فيها بغير رضاها منتهزا فرصة عجزها بسبب المرض عن المقـــاومة أو اتيان أية حركة فـــان ذلك يكفى لتكوين جريمة الوقاع[١١٩] ٠ ويتحقق نفس الامر فى حالة سقوط المجنى عليه اعياء من المقاومة أو من هول ما يحدث أو تفكك أوصاله فزعا ففى كل تلك الاحوال التى يثبت فيها للقاضى عجز الجسد عن المقاومة يكون أى تصرف ماس بالعرض يقع عليه بغير رضـــاء المجنى عليه ، وهكذا لو اغتصب مجموعة من الشباب فتاة رغما عنها حتى خارت قواها أو أضنتها المقاومة فاستسلمت خائرة ، حيث تركوها فى منزل أو طريق ، فصادفها شخصا فواقعها أو هتك عرضها دون أن يبـــدر منها أية مقاومة ، فان ما وقع عليها يكون كرها عنها لفقدها القدرة البدنية على المقاومة ٠

---

(١١٧) أنظر crim 19 juin 1884. B. 136

(١١٨) أنظر كذلك تطبيقا بالنسبة لطبيب بشرى 17 nov. 1960. B. 528.

(١١٩) نقض ١٩٥٨/١/٢٧ أحكام النقض س ٩ ق ٢٨ ص ١٠٢ ٠

# الباب الثانى

## فى اشكال الحمــاية الجنــائية للعرض

### ٤٠ ــ جرائم الاعتداء على العرض فى القانون المصرى :

جرائم الاعتداء على العرض فى القانون المصرى ثلاثة اثنتان منهـا بلاخلان فى طائفة الجنايات وواحـدة تعد من الجنـح وهى : جنـاية الاغتصاب ، أو المواقعة ، جناية هتك العرض ، وجنحة هتك العرض • وهذا معناه أن التصرف أو الفعل الماس بالعرض لا يشكل فى القـانون المصرى جريمة الا اذا دخل فى المفهوم القانونى لاحد الاشكال الثلاثة التى قررها القانون لحماية العرض •

هذا وسوف نتولى دراسة هذه الاشكال الثلاثة فى فصلين متتابعين :

# الفصل الأول

## جريمة الاغتصاب

### ٤١ ـ تحديد وتعليق :

تقررت هذه الجريمة فى القانون المصرى بمقتضى المادة ٢٦٧ عقوبات « من واقع انثى بغير رضاها يعاقب بالاشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة . فاذا كان الفاعل من أصول المجنى عليها أو من المتولين تربيتها أو ملاحظتها أو ممن لهم سلطة عليها أو كان خادما بالاجرة عندها أو عند من تقدم ذكرهم يعاقب بالاشغال الشاقة المؤبدة .

وبهذا النص تخير المشرع المصرى شكلا خاصا من أشكال التصرف الماس بالعرض وجعل منه جناية فى القانون . هذا الشكل هو « مواقعة انثى بغير رضاها » وهو الشكل الذى يطلق عليه اصطلاحا تعبير « الاغتصاب » أو « المواقعة »[1] .

---

(١) يميل الفقه فى مصر فى مجموعه الى اصطلاح «الاغتصاب» بل أنه يكاد أن يستقر على تلك التسمية . ومع ذلك فان استاذنا الدكتور المرصفاوى يطلق عليها لفظ المواقعة ، المرجع السابق ص ٦٤٤ ـ كما يطلق عليها ذات الوصف استاذنا الدكتور عوض محمد ، المقال سابق الاشارة اليه «الجانى والمجنى عليه فى جريمة المواقعة» وتطرق فى مقاله للمفاضلة بين المصطلحين . ويرى أن لفظ الاغتصاب وان كان يتضمن بذاته معنى الاكراه بغير حاجة الى نص الا أنه =

والاغتصاب بهذا المعنى من الجرائم الخطرة ، ولا ترجع خطورتها فقط الى ما تسببه للمجنى عليها فيها من اضرار بالغة ، وانما خطورتهـا الكبرى على الرأى العام نفسه وما تحدثه هذه الجريمة لديه من صدمة وقلق وشك فى الاخلاقيات العامة والفردية وجفوة مع السلطة العـامة وظهور رأى عام شديد القسوة والتلهف للقصاص ، بفعل ما يحدثه النشر المركز والمؤثر على مراكز احساس الرأى العام وشعوره •

وتدخل جريمة الاغتصاب فى « جرائم الارقام الغامضة » التى لا يصل الى علم السلطة العامة من بينها الا اعدادا تكاد لا تذكر ، وهـو ما تشهد عليه احصاءات الامن العام ومجموعات الاحكام • فليس هنـاك ادنى شك فى وجود فارق هائل بين ما يقع فى المجتمع من جرائم اغتصاب

---

=

لا يخلو من عيوب • فهو أولا لفظ معيب لعموم محله ، اذ هـو لفظ يشمل فى عمومه كل صور الاستيلاء على حق الغير بدون رضاه ، وهو ما دعا بالبعض الى تخصيص محله فأضافوا لفظ الاناث الى الاغتصاب فسلبوا من المصطلح مـيزة الايجاز • وهو ثانيا لا يفيد كل صور الوقاع الداخلة فى مفهوم الجريمة كالوقاع بالخداع ووقاع الصغير والمريض • أما الوقاع أو المواقعة فهو لغة تعنى الوطء مطلقا فى حل أو فى غير حل ، بالرضاء أو بالرغم ، ومن هنا فهو اصطلاح غـير مانع لانه يشمل من الوقاع صورا لا يجرمها القانون • ويفضل فى النهاية لفظ الوقاع باعتباره الاثير لدى واضع القانون ولعدم وجود المبرر للانتقال الى غيره ما دام لا يفضله • عوض محمد المقال السابق ص ، ١ ، ٢ ، ٣ •

والواقع أننا نفضل استخدام لفظ «الاغتصاب» ، لا لانه جامع مانع ، وانما لانه أفضل من لفظ المواقعة الذى يكاد يوحى بأن القانون يجرم الوطء فى ذاته، ولذلك فان هذا المصطلح يجد مجاله فى التشريعات التى تعاقب على الـوطء بالرضا (كالتشريع العراقى والليبى) ولان لفظ الاغتصـاب له مضمون اجتماعى مرتبط بمادة العرض والاكراه بصرف النظر عن مضمونه اللغوى •

وبين ما يصل منها بالفعل الى علم السلطات[٢] • والواقع أن هناك اسبابا عديدة تتسبب فى دخول هذه الجريمــة فى طوائف الارقام الغامضــة ، أهمها الرغبة فى التستر وتجنب الفضائح وخوف المجنى عليها من ظهور دورها فيما وقع عليها • ولذلك فان من غريب ما يلاحظ على تلك الجريمة أنه بمجرد النشر عن واحدة منها ، يكون فى وقائعها ما يدعوا الرأى العام الى التعاطف مع المجنى عليها واستهجان موقف الجانى حتى تتلوهــا اعدادا متتابعة من الجرائم تحاول أن تستفيد من ذلك الجو العام فــى ظاهر ةتكاد أن تكون بشكل ما مصطنعة •

وأيا ما كان الرأى فى تقدير ذلك كله ، فان الذى لا شك فيه أن حماية العرض من الاغتصاب لا يتحقق فقط من مجرد تقرير الجريمة فى الفعل المحقق له ، وانما هناك اجراءات عديدة ( تتعلق بتعريف الجريمة ، وكيفية جريان المحاكمة ، وحماية المجنى عليها ، وقيود النشر عن الجريمــة وغيرها )

---

(٢) بل أن هذا هو ما كانت تشكو منه فرنسا نفسها ، وهو الذى دعاهــا الى اصدار تشريع ٢٣ ديسمبر ١٩٨٠ الذى أعــــاد تنظيم جريمة الاغتصاب تحقيقا لمقتضيات التجريم فقد لوحظ أن المسافة بين القانون النــافذ والقانون المطبق شاسعة وأن قضايا الاغتصاب نادرة rare للغاية بالقياس الى ظاهرة الاغتصاب الموجودة فى الدولة • على نحو صارت فيه هذه الجريمة من جــرائم الارقام الغامضة • ولذلك فان غرض هذا القانون هو التجريم un but repressif انظــر

la rèforme de la répression du viol en France par la loi du 23 décembre 1980· par Danièle Mayer· dans Revue de droit pénal et de criminologle. no. 3, 1983. p. 277 et s·

مشار اليه من بعد دانيل مايير مقال • وأنظر أيضا اندريه فيتى المطـول السابق ص ١٥٠٢ •

سوف نتعرض لها فى حينها ، هى التى تكون وحدها قادرة على جعل مثل هذا التجريم فعالا .

هذا وسوف تجرى دراستنا لجريمة الاغتصاب على أساس دراسة خصائص التصرف المساس بالعرض المتخذ شكل الاغتصاب سواء فى جانبه المادى أو المعنوى ثم دراسة العقوبة المقررة له فى القانون .

## المبحث الأول

## الاركان المشكلة للاغتصاب

### ٤٢ ــ وضع المشكلة :

الاغتصاب باعتباره مواقعة لانثى من غير رضاها هو أجسم « أشكال التصرف الجرمى المتضمن عدوانا على العرض » . والاغتصاب باعتباره شكلا مخصصا من أشكال هذا التصرف ينطوى بطبيعته على سائر الخصائص التى يتسم بها التصرف المتضمن عدوانا على العرض ، سواء من حيث عدم مشروعيته أو من حيث عدم رضائيته ، ثم أنه فوق ذلك تصرف أو فعل ينطوى على مساس بالعرض . وفى هذه الخصيصة وحدها يجد فعل الاغتصاب تميزه واستقلاله ، اذ يقتصر على صورة معينة من صور المساس بالعرض هى المواقعة أو الاغتصاب .

فاذا اتخذ الفعل المنطوى على عدوان على العرض شكل المواقعة أو الاغتصاب ، كان مشكلا لجريمة الاغتصاب أما اذا اتخذ هذا التصرف شكلا آخر مهما كانت جسامته ودرجة فحشه ، فلا تقوم به جريمة الاغتصاب فى القانون وان قامت به جريمة هتك العرض . وهذا معناه

أن جريمة الاغتصاب تقوم بالتصرف الجرمى المتضمن عدوانا على العرض والذى درسناه فى الفصل الثانى من البا ب الاول اذا اتخذ هذا التصرف من جهة « شكل مواقعة » انثى بغير رضاها مواقعة غير شرعية ، وتوفر لدى الجانى « القصد الجنائى » من جهة أخرى •

## ٤٣ ــ فعل المواقعة والشروع فيه :

لا تتميز جناية الاغتصاب عن جناية هتك العرض فى طبيعة التصرف الذى تتحقق به كل من الجريمتين ، فكليهما لا يقـع الا بفعل ينطـوى بطبيعته على مساس بالعرض ، مساسا غير مشروع دون رضاء المجنى عليه ، على النحـو الذى درسناه تفصيلا ، انما الذى يميز بينهما هـو « الشكل » الذى يتخذه ذلك التصرف فى كل من الجريمتين ، فبينمـا يتخذ فى هتك العرض شكل الفعل الشائن الذى يستطيل الى جسد المجنى عليه فيكشف عنه عورة أو يلامس منه عورة أو يمس به عورة غيره ، فان هذا الشكل لا يتخـذ فى جريمة الاغتصاب سوى شـكلا واحدا هـو « مواقعة الانثى » فما هو المقصود بالمواقعة ؟ •

ليس هناك خلاف فى الفقه المصرى حول معنى المواقعة التى تقوم بها تلك الجريمة فهو من غير خلاف « ايلا جذكر لقضيبه فى فرج انثى »، بشرط أن يكون هذا الايلاج من جهة غير مشروع وأن يكون قد وقع من جهة أخرى رغم ارادة المرأة أو بدون رضاها ، وهو ذات المفهوم الذى كان يتبناه الفقه والقضاء فى فرنسا ، قبل تدخـل المشرع الفرنسى فى ٢٣ ديسمبر ١٩٨٠ بارساء مفهوم جديد « للاغتصاب » • أصبح فيه يشمل كل ايلاج جنسى أيا ما كانت طبيعته يقع على شخص الغير بالقوة أو

التهديد أو المباغتة[٣] .

وعلى هذا الاساس فان « الفعل » الذى تقوم به جريمة الاغتصاب فى القانون المصرى وان اتسم فى تحديده بالدقة البـالغة الا أنه يحصر جناية الاغتصاب فى نطاق ضيق للغاية ، فلا وجود لهذه الجريمة اساسا الا اذا كان الفعل صادرا من جهة من رجل وواقعا من جهة أخرى على أنثى ، وكان متخذا شكل الصلة الجنسية الطبيعية ، أى شكل ايلاج رجل لقضيبه فى فرج انثى ، وكان هذا الفعل مفروضا دون الارادة أو برغمها من الرجل على المرأة ، أى أن يتخذ الفعل شكل الاعتداء على العرض فى مفهومه

---

(٣) وقد كان هذا مفهوم التصرف الجرمى الذى تقوم به جريمة الاغتصاب فى فرنسا ، قبل صدور تشريع ٢٣ ديسمبر ١٩٨٠ الذى أرسى مفهوما جديدا ومغايرا تماما للاغتصاب le viol

والمشرع الفرنسى قبل هذا التعديل لم يكن قد وضع تعريفا للاغتصـاب le viol ، وانما ترك أمر هذا التعريف لما تعطيه اللغة الشعبية langage populaire للفظ الاغتصاب le viol من معنى ، (انظر دانيل مايير مقال سابق الاشارة اليه ، ١٩٨٣ · ص ٢٧٨) وكان الفقـه والقضاء فى فرنسا مستقران على اعطائه مفهوما محددا هو «الاتصال الجنسى من قبل رجل على امرأة برغم ارادتها أو بغير رضاها » ·

"la conjinction chranelle d'une homme avec une Famme, contre le gré ou sans le consentement de celle· ci"

الى أن تدخل المشرع بتشريع ٢٣ ديسمبر ١٩٨٠ بمفهوم جديد للاغتصاب عدل فيه المادة ١/٣٢١ عقوبات فرنسى ، على نحو أصبح فيه فعـل الاغتصاب يضم «كل ايلاج جنسى ، أيا ما كانت طبيعته ، يقع على شخص الغير بالقوة أو التهديد أو المباغتة» ·

tout acte de pénétration sexuel, de duelque nature qu'il Soit, commis sur la personne d'autrui, par violence, contrainte ou, surprise·

الضيق جدا ، أى شكل الاتصال الجنسى الطبيعى ، الذى يكون فيـــه الرجل جانيا والانثى مجنيا عليها(٤) •

وتطبيقا لذلك فان جناية الاغتصاب لا تقوم لها فى القانون المصرى قائمة اذا لم يكن « الاتصال الجنسى » قد وقع « من رجل على امرأة » ، كما لو قع من رجل على رجل ، أو من امرأة على امرأة ، ولو وقع هـذا الاتصال برغم ارادة المجنى عليه وان قامت به جريمة هتك العرض ، أو كما لو ارغمت امرأة رجلا على مواقعتها بالقوة ـ عند من يسلم بامكانها ـ أو بالتهديد أو بالحيلة والخداع ففى تلك الصور جميعا لا تقوم جريمة الاغتصاب ، لان ما يتطلبه القانون لقيام الجريمـــة « مواقعة انثى بغير رضاها » لم يحدث •

---

(٤) انظر محمود مصطفى المرجع السابق ٢٣٤ وما بعـــدها ـ رمسيس بهنام ، المرجع السابق ص ٢٨٥ ، ٢٨٦ حسن المرصفاوى ، المرجع السابق ص ٦٤٤ ـ محمود نجيب حسنى المرجع السابق ص ٣٤٠ وما بعدها ـ عبدالمهيمن بكر المرجع السابق ص ٦٧٤ وما بعدها ـ عمر السعيد رمضان المرجع الســـابق ص ٣٣ ـ أحمد فتحى سرور المرجع السابق ص ٥٠٩ ، ٥١٠ ـ حسين عبيــد المرجع السابق ص ١٦٣ ـ عوض محمد المقال السابق ص ٣ وما بعدها •

وأنظر فى الفقه الفرنسى قبل قانون ١٩٨٠ •

أندريه فيتى ، المطول السابق ص ١٥٠١ ، ١٥٠٢ ـ فوان المرجع السابق ٣٠٦ ، ٣٠٧ جارو المطول سابق الاشارة اليه ص ٤٧١ الى ٤٧٣ ـ جـــنرال بولنيو المرجع السابق ص ٢٠٥ ـ لامبير المرجع السابق ص ٥٦٨ ـ جـــارسون المرجع السابق المواد ٣٣١ الى ٣٣٣ ، ص ٨٤٤ بند ١٥ •

Marcel Rigaux et paul-em Trousse les crimes et les délits du coda pénal, T. 5. 1968 p. 331 et s.

أشير اليه من قبل ريجو وتروس

Marcel Rousselet, Maurice patin droit pénal spécial 7.éd. 1985 p. 384

مشار اليه من قبل روسيليه وباتان

بل أن هذه الجريمة لا تقوم ولو كان هذا الاتصال الجنسى قد وقع من الرجـل على المرأة بغير رضاها ، ما دام لم يكن « اتصـالا جنسيا طبيعيا » ، أى ما دام لم يتخذ شكل ايلاج قضيب الذكر فى فرج الانثى فاذا اتخذ هذا الاتصال شكلا غير طبيعى كما لو آتاها من الخلف رغما عنها ، أو أرغمها بالتهديد على تمكينه من افراغ نفسه فى فمها أو على جسدها ، فان جريمة الاغتصاب لا تقوم وان قامت بذلك كله ما دام بغير رضاء المجنى عليه جريمة هتك العرض .

تتحقق المواقعة اذن « بالاتصال الجنسى الطبيعى والكامل من رجل على امرأة » ، هذا الاتصال لا يتحقق الا اذا كان الرجل قد أولج قضيبه فى فرج انثى دون رضاها ، فاذا أولج شيئا ما غير قضيبه ، كما لو أولج فيه اصبعه ، أو أولج فيه عصا أو ما أشبه فلا يكون فى الامر مواقعة ولو كان قاصدا من ذلك فض بكارتها وفضها فعلا ، أو اذ أولج فيه حقنة كى يلقحها صناعيا رغماعنها وحملت منها بالفعل[٥] . كمـا يلزم أن تكون المرأة قد تحملت هذا الايلاج فى المكان المعد له فعلا أى فى فرجها فـاذا وقع الايلاج فى غيره كدبرها فلا تقع الجريمة ، كما يلزم أن يأخذ شكل الايلاج أى الادخال pénétration فاذا اتخذ شكل الاحتكاك على أى مكان من جسدها ، ولو كان على الفرج ذاته حتى أمنى عليه ، فلا تقوم الجريمة لان الفعل ليس ايلاجا ، انما يستوى بعد أن يأخذ الفعل شكل الايلاج أى الادخال ، أن يكون هذا الايلاج كليا أو جزئيا ، مرة واحدة أم عاوده الجـانى مرات ، ثابر عليه حتى أمنى أم لم يثـابر ، بلغ به

---

(٥) انظر فوان ، المرجع السابق ص ٢٩٧ ، ٣٠٧ . ولو أن هـذا المعنى صار مشكوكا فيه فى المفهوم الفرنسى .

شهوته أو لم يبلغ تمزق بسببه غشاء البكارة أم لم يتأثر[٦] ، فالجريمة تكون قد وقعت تامة من لحظة دخول القضيب جزئيا فى فرج المرأة رغما عنهـا .

وما دام جوهر الفعل هو « الايلاج » فان مقتضى ذلك أن الجريمة يستحيل أن تقع تامة الا اذا كان الرجل قادرا عليه ، وكانت المرأة صالحة له ، أما اذا كان الرجـل عاجزا مطلقا على الايلاج لفقدان « القـدرة » عليه ، أو كان عضو المرأة « غير صالح » مطلقا لدخول شىء فيه فـان الجريمة لا تقوم لا على صورتها التامة ولا على صورتها الناقصة تطبيقا لنظرية الاستحالة المطلقـة ، وان قامت به جريمة هتـك العرض[٧] ، فالجريمة ـ كمـا تقول محكمة النقض ـ تكون مستحيلة اذا لم يكن فى الامكان تحققها مطلقا[٨] . أما اذا كانت استحالة الجريمة نسبية ، كأن كانت قدرة الرجـل مذبذبة وان لم تكن منعـدمة أو كان فرج الانثـى

---

(٦) يلاحظ أن سلامة غشاء البكارة لا يصح اعتباره دليلا على عدم حصول المواقعة ، فمن المسلم به فى الطب الشرعى أن المواقعة قد تحدث دون حصـول تمزق فى غشاء البكارة (خصوصا النوع الحلقى القابل للتمدد أثناء الجـذب) ، ويذكر بعض علماء الطب الشرعى (مشار اليهم فى ادوار غـالى المرجـع السابق ص ٢١٢) أنهم شاهدوا مومسات تحترفن الدعارة سنوات ، وسيدات متزوجات وحاملات دون أن يتمزق عندهن غشاء البكارة . راجع أيضا نقض١٦/٣/١٩٧٠ أحكام النقض س ٢١ ، ق ٩٥ ص ٣٨٢ .

(٧) انظر عوض محمد المقال السابق ص ١٢ ، ٢٥ ـ عبد المهيمن بكـر، المرجع السابق ص ٦٧٦ .

رمسيس بهنام المرجع السابق ص ٢٨٥ ـ محمود مصطفى ، المرجـع السـابق ٢٣٥ ـ المرصفاوى المرجع السابق ص ٦٤٥ ، ٦٦٤ ـ عمر السعيد رمضـان ، المرجع السابق ص ٣٣٣ ـ وأنظر محمود نجيب حسنى،المرجع السابق ص٣٤٨

(٨) أنظر نقض ١٠/١٢/١٩٨٠ أحكام النقض السنة ٣١ ص ١٠٩٤ .

ـ لعيب خلقى أو لصغر سنها ـ ضيقا وان لم يكن مستحيلا دخوله ولو من صغير مثلها ، قامت الجريمة فى صورة شروع اذا لم يتحقق الايلاج وقام الدليل على توافر القصد الجنائى • ولا خروج فى هذا كله عـلى القواعد العامة فى الشروع فالجريمة تقع تامة اذا تم الايلاج ولو جزئيا على نحو يكون فيه القضيب قـد استقر فى الفرج ولو لحظـة ، وتقف مسئولية الجانى عند حد الشروع اذ كان قد بدأ فى تنفيذ فعل الوقـاع بأى عمل يؤدى حالا ومباشرة الى الايلاج ، اذا أوقف أو خـاب أثره لسبب لا دخل لارادة الفاعل فيه ، بما لا خروج فيه على القواعد العامة ، غاية الامر أن القضـاء ، رغبة منه فى توفـير حماية قوية للانثـى من الاغتصاب،لا يتشدد فى التطبيق الدقيق لمعيار البدء فى التنفيذ فلا يتطلب لقيام الشروع أن يكون فعل الجانى قد وصل الى حـد الفعل السابق مباشرة على الايلاج ( اخراج العضو والتهيـؤ لدسه ) وانما يكتفى بأن يكون الجانى قد بدأ باتخاذ افعال ترمى مباشرة الى ارتكاب الجريمة(٩) اذا أوقف أو خاب اثره لسبب لا دخل لارادته فيه كامنائه وهروب انتصابه أو قدوم أحد لنجدة المجنى عليها ، أو أنتصارها فى مقاومته ، أو فرارها من وجهه •

وهكذا قضى فى مصر بتوافر الشروع فى المواقعة فى حق متهم دخل مسكن المجنى عليها بعد منتصف الليل وهى نائمة وجلس بين رجليهـا ورفعهما لمواقعتها فتنبهت اليه وامسكت به وأخذت تستغيث حتى حضر

(٩) هذه السلطة التى أعطاها القضاء لنفسه هى من أخص حقوقه ، مادام وراءها رغبة فى توفير حماية أقوى لبعض الحقوق • أنظر لنا قانون العقوبات اللبنانى القسم العام ، ص ١٢٥ •

على استغاثتها آخرون[١٠] ، وفى حق آخر رفع ملابس المجنى عليها أثناء نومها وأمسك برجليها ، لان ذلك يصح فى القانون عده شروعا فى وقاع متى اقتنعت المحكمة بأن المتهم كان يقصد اليه لان هذه الافعال من شأنها أن تؤدى « فورا ومباشرة » الى تحقيق ذلك المقصد[١١] ، كما قضت بتوافره كذلك فى حق متهم جلس بجانب المجنى عليها التى كانت تلبس قميص نومها وأمسك بها ورفع رجليها يحاول مواقعتها فقاومته واستغاثت فخرج يجرى[١٢] وفى حق متهم ارقد المجنى عليها عنوة ثم رفع ثيابها وكشف جسمها وجذب سروالها فامسكت برباط الاستك تحاول منعه ما استطاعت من الوصول الى غرضه منها وتمزق لباسها فى يده وفك أزرار بنطلونه وجثم فوقها وهو رافع عنها ثيابها يحاول مواقعتها[١٣] وفى حق متهمين دفعا المجنى عليها كرها للركوب معهما بالسيارة بقصد مواقعتها ثم كشف أحدهما ملابسها ومزق سروالها وألقاه من نافذة السيارة ورقد فوقها وحاول أن يواقعها[١٤] .

هذا ويلاحظ أن الشروع فى الاغتصاب يختلط عملا بجناية هتك العرض التامة ، ومعيار التفرقة بينهما لا يمكن التماسه الا من « قصد الجانى » فاذا كان قصده هو « الوقاع » فهو مسئول عن شروع فيه اما اذا كان قصده مجرد هتك العرض قامت مسئوليته عن جناية هتك

---

(١٠) نقض ١٩٤٢/١٠/١٩ طعن رقم ١٤٦٩ س ١٢ ق القواعد فى ٢٥ عاما ج ٢ ص ١٢٢٣ ش ٠١

(١١) نقض ١٩٤٣/١/١١ القواعد القانونية ج٦ رقم ٧٤ ص ٩٩ .

(١٢) نقض ١٩٤٩/١٢/١٩ أحكام محكمة النقض س ١ ق ٦٤ ص ٠٨٥

(١٣) نقض ١٩٥٦/١٠/٢٩ أحكام محكمة النقض س ٧ ق ٢٩٧ ص١٠٧٩

(١٤) نقض ١٩٦١/١/٣٠ أحكام محكمة النقض س ١٢ ق ٢٥ ص ١٥٦ .

العـــرض[١٥] .

هذا ولا يلزم فى الانثى سوى أن تكون حية ، فالجريمة كما سبق ورأينا لا تقع الا على الاحيـــاء ، يستوى بعـــد ذلك أن تكون بكرا أم ثيبا ، متزوجة ، أم لا ، وأيا ما كان عمرها ، طفلة[١٦] أم صبية أم فتاة أم عجوزا شمطاء ، مما تشتهى أو مما لا يمكن أن تشتهى ، سبق للجـــانى أن واقعها برضاه أو لم يسبق ، فالجريمة تقوم ولو وقعت من رجل على خليلته بغير رضاها ، ولو كان قد سبق لها الحمل منه ، بل ولو كان لهـــا أولاد منه ، كمايستوىأن تكون الانثى ، طاهرة نقية عفيفة ، أم عاهرة فاسقة تباع فى سوق البغاء وتشترى[١٧] .

**٤٤ ــ تقدير مفهوم المشرع المصرى للوقاع :**

لا شك أن المشرع المصرى ــ جريا وراء التشريع الفرنسى لســـنة ١٨٣٢ ــ قد تبنى مفهوما ضيقا لفعل « المواقعة » الذى تقوم به جناية الاغتصاب فى قصره لهذا الفعل على مجرد « أيلاج رجل لقضيبه فى فرج انثى برغم ارادتها أو دونها » كشكل وحيد لا تقوم تلك الجريمة الا به،

---

(١٥) هذا ولا خروج عن القواعد العامة فى شأن العدول ، فالعدول الاختيارى يترتب عليه اعفاء الشارع من العقاب عن الجريمة التى عدل عنها ، دون أن يحول ذلك من سؤاله عما وقع منه من أفعال تشكل فى حد ذاتها جرائم (غالبا هتك عرض)

هذا ويلاحظ أن مجرد طلب الفحشاء من امرأة وجذبها من يدها وملابسهـــا لادخالها فى زراعة القطن ... مجرد عمل تحضيرى وليس شروعا فى اغتصاب معاقبا عليه . انظر تطبيقات فى ١٩٣٣/٣/٣٠ المحاماة س ١٣ ق ٥٩ . نقض ١٩٥٦/٢/١٤ أحكام النقض س ٧ ق ٥٥ ص ١٧٤ .

(١٦) مع ملاحظة فكرة الاستحالة التى تعرضنا لها .

(١٧) أنظر أندريه فيتى المطول سابق الاشارة اليه ص ١٥٠٣ .

وهو فى موقفه هــذا ليس وحيدا ، بل أن هناك لم يزل من يعتنق هــذا المفهوم كالمانيــا وأسبانيا وسويسرا أما المشرع الفرنسى نفسه والذى كان مصدرا لتصدير هذا المفهوم فقد أدار اليه ظهره وتبنى بتشريع ٢٣ ديسمبر ١٩٨٠ مفهوما جديدا للمواقعة التى تقوم بها جناية الاغتصاب حيث اتسع هذا المفهوم حتى صار يشمل « كل ايلاج جنسى أيا ما كانت طبيعته يقع على شخص الغير بالقوة أو بالتهديد أو المباغتة » ، وهــو مفهوم مختلف تماما عن المفهوم الذى يتبناه المشرع المصرى سواء مــن حيث طبيعة الفعل الذى يتحقق به أم من حيث اطرافه ، ثم أن التشريع الفرنسى ليس فى ذلك مبتكرا بل منضما الى مفهوم تبنته بلدان أخرى كايطاليا[١٨] •

ومع ذلك فالذى ينبغى أن يلاحظ هو أن هذا الخــلاف فى المفهوم لا يعكس خلافا فى مناطق التجريم ، اذ أن جريمة هتــك العرض قادرة على استيعاب كل فعل لا يدخل فى المفهوم القانونى للمواقعة ، على نحو نستطيع فيه أن نقرر أن كل تضييق فى مفهوم الوقــاع يقابله بالضرورة توسعه فى مفهوم هتك الرض ، وكل توسعه فى مفهوم الوقاع يكون دائما على حساب جريمة هتك العرض • ومن هنا فان تقــدير موقف المشرع المصرى انما يدور حول « ملاءمة هذا المفهوم للاغراض المستهدفة مــن تقرير تلك الجريمــة » •

---

(١٨) انظر كذلك التشريع الليبى وان كانت المسألة هناك محل خلاف بين الفقهاء أنظر عوض محمد ، مقال سابق الاشارة اليه ص ٥ وما بعدها • ادوار غالى الدهبى ، المرجع السابق ص ١٩٨ وما بعدها •

وأنظر كذلك فى التشريع العــراقى والتطبيقات القضائية لهذا المفهــوم الواسع • لدى يعقوب يوسف الجدوع ومحمد جابر الدورى ، الجرائم المخــلة بالاخلاق والاداب العامة ، فى التشريع الجنائى العراقى ١٩٧٢ ص ٨ •

فما هى أوجه الخلاف بين المفهومين الواسع والضيق للوقاع الذى تقوم به جريمة الاغتصاب[19] ؟ . الواقع أنه بينما لا يشمل المفهوم الضيق للوقاع سوى « الاتصال الجنسى الطبيعى الواقع من رجل على انثى » فان هذا الوقاع يشمل فى مفهومه الواسع فضلا عن هذا الاتصال ذاته « الاتصال الجنسى غير الطبيعى المفروض من رجـل على امرأة » كاتيانها من دبرها ، أو « من رجل على رجل » كالشذوذ الجنسى ، بل أنه يتسع ليشمل كل ايلاج جنسى ولو تم عن غير طريق الاتصـال الجنسى الطبيعى ، كادخال الاصبع أو ادخال عصا أو ما أشبه فى القبل أو فـى الدبر ، كل ذلك بطبيعة الحال بغير رضاء المجنى عليه ، لا يخرج عن هذا المفهوم الا الممارسات الجنسية التى لا تتضمن ايلاجا ، كالملامسات والممارسات الجنسية بين النساء المسماة بالسحاق[20] .

ولا يقتصر الخلاف بين المفهومين على طبيعة الفعل الذى تقوم به الجريمة ، بل أنه يمتـد كذلك الى اطراف هذا الفعل ، فبينمـا يلزم فى المفهوم الضيق أن يكون الجانى رجلا والمجنى عليه انثى ، فان الجانى فى المفهوم الواسع يمكن أن يكون رجلا كما يمكن أن يكون امرأة والمجنى عليه كذلك يمكن أن يكون رجلا كما يمكن أن يكون امرأة ، وبالتالى فان القـانون الفرنسى صار يعرف الى جـوار « الرجل المغتصب والمـرأة المغتصـبة » ، « الرجـل المغتصب والمـرأة المغتصـبة »

---

(١٩) لا نقصد بالوقـاع المعنى اللغوى ، وانما نقصد بالوقـاع المعنى الاصطلاحى له أى «الفعل الذى تقوم به جريمة الاغتصاب» انظر ، معنى الوقاع عوض محمد المقال السابق ص ٦ ومابعدها .

(٢٠) انظر اندريه فيتى المطول السابق ص ١٥٠٣ وانظر دانييل مايير ، مقال سابق الاشارة اليه ص ٢٨٠ .

(٢١) دونما اعتداد بسن Viol hommosexuel et Femme violeuse

المجنى عليه ، طفلا أو صبيا أو شابا أو حتى عجوزا ، فكل ما صار للسن من أثر فى القانون الفرنسى هو اعتباره ظرفا مشـددا للعقاب اذا كان المجنى عليهلم يبلغ من العمر اثنتا عشرة سنة ، فجريمة الاغتصاب أو بالاقل الشروع فيه يمكن أن تتوافر ولو كان الجانى قد قصد مواقعـة صبية صغيرة ، كما لا أهمية لصفات المجنى عليها ، بكرا أم ثيبا ، عفيفة أم غير عفيفة ، على نحو يمكن معه القول أن الاغتصاب يمكن أن يقـع على كل مستويات الوجود البشرى ، حتى على الفاسقين ، اذا كان فعل الايلاج قد وقع ضد ارادة المجنى عليه أو برغمها[٢٢] • ومن هنا يتضح كيف أن هذا المفهوم قد ضيق كثيرا من نطاق جريمة هتك العرض •

والواقع أن المفاضلة بين هذين المفهومين ينبغى أن تستمد ذاتيتها من طبيعة الاغراض المستهدفة من تقـرير جريمة الاغتصاب[٢٣] • وهـى أغراض لا أعتقد أن التشريع المصرى قد شغل نفسه بالتفكير فيها •

**فليس هناك من يستطيع أن يزعم أن المشرع المصرى يحمى بجريمة** الاغتصاب المفهوم الاخلاقى أو الدينى للعرض لان هذا الفرض يستلزم

---

(٢١) انظر دانييل مايير ، المقال السابق ، ص ٢٧٧ •

(٢٢) اندريه فيتى المطول سابق الاشارة اليه ص ١٥٠٣ •

(٢٣) نحن نسلم أن هذا المفهوم الموسع يجد سنده فى الدول التى تبنتـه فى اعتبارات «المساواة بين الرجل والمرأة» ، فى ثورة المجتمعات هنـاك على نظرة المجتمع للمرأة باعتبارهـا فقط عنصرا ضروريا لثلاث أمور اجتمـاعية «الزواج ـ العائلة ـ الانجاب»
وبالتالى كان ضروريا عندهم تبنى مفهوم للاغتصاب يحمل فى طياته مسـاواة بين المرأة والرجل ، ويضمن جملة للرجل والمرأة احترام ارادتهم وحـريتهم فى المجال الجنسى •

تجريم كل وقاع في غير حل ولو كان رضائيا ، بينما لا تطول هذه الجريمة كل وقاع رضائي مادام أحد أطرافه ليس متزوجا ، كمـــا لا يستطيع أن يزعم استهدافه بهذه الجريمة منع اختلاط الانساب طالما أن الامناء ليس شرطا لقيامها ، وصلاحية المرأة للانجاب وقدرة الرجل عليه لا قيمة لهـــا في قيام الجريمة ، بل أنها لا تقوم ولو أولج رجل في فرج أمرأة ، ولـــو متزوجة ، رغما عنها حقنة للتلقيح الصناعي بقصد تلقيحها ولو حملت منها بالفعل ، كما لا يستطيع أحد كذلك أن يزعم أن القانون المصري يستهدف بتقرير هذه الجريمة «حماية الزواج واستقرار العائلة» ، ليس فقط لان هذه الجريمة لا تقوم بالوطء الرضائي ولو من متزوج وانما كذلك لانها ليست من جرائم الازواج ، كما لا يتصور أحد أن القانون يحمي بهـذه الجريمة شرف المرأة وسمعتها ، لانها من جهة أخرى تقوم اذا وقع الوطء كرها على بغي عاهرة لم يترك لها الفسق شرفا يمكن للقانون أن يحميه ، ولانها من جهة ثانية لا تقوم اذا أزال رجلا بغير قضيبه بكارة فتاة شريفة وعرض سمعتها للخطر ، بل أن أحـــدا لا يستطيع أن يزعم بأن المشرع المصري يهدف بهذه الجريمة الى حماية الحرية الجنسية للانسان — لان هذه الحرية مع كل سخفها — ليست حرية نسائية حتى يقتصر الفعـــل المجرم على الافعال الواقعة على النساء ، كما أن العدوان عليها لا يتحقق فقط بايلاج القضيب في الفرج كرها •

والواقع من الامر أن المشرع المصري قد بنى مسلكه في حماية العرض على أساس تقرير جريمة أصلية هي «هتك العـــرض» فهي في نظـــره الجريمة الام ، التي تقوم باعتبارها جناية اذا كان الاعتداء الواقع على العرض فيها قد أصاب «الحرية الجنسية للمجني عليه» انصياعا للمفهوم

الاجتماعى الذى تبناه للعرض بصرف النظر عن طبيعة الفعل الذى تحقق به هذا الاعتداء ، وعن أطرافه طالما كان «غير مشروع» من جهة وكان واقعا «ضد ارادة المجنى عليه أو برغمها» من جهة أخرى[٢٤]،لم يستثن منها الا شكلا واحدا من أشكال هذا العدوان ليجعل منه جناية خاصة قائمة بذاتها هى «جناية الاغتصاب» اذا اتخذ الفعل شكل الوطء الطبيعى غير الرضائى الواقع من رجل على امرأة ، ولا يمكن أن يكون له من هدف فى تقرير ذلك الا ما رآه من جسامة ذاتية لهذا الفعل فى ذاته ٠

وبصرف النظر عن الخلاف المبدئى بيننا وبين المشرع المصرى ، حول مفهوم العرض الاجدر بالحماية،والذى نراه فى المفهوم الاخلاقى وحده وهو ما يستتبع تجريم كل فعل شائن يستطيل الى جسد المجنى عليه فيكشف عن عورة، أو يلامس به عورة أو يلمس به عورة غيره،سواء وقع هذا الفعل برغم ارادة المجنى عليه أو بدونها لما فى ذلك من اعتداء على العرض ، أم وقع برضاء المجنى عليه لما فيه من تفريط فى العرض[٢٥]٠ بصرف النظر عن

---

(٢٤) كما أنشأ جنحة هتك العرض ، اذا وقع هذا الاعتداء على العرض ـ أيا ماكانت درجة جسامته وفحشه ـ مادام رضائيا ممن لا يحوزون أهلية الرضاء القانونية للتصرف فى العرض ، وهم «كل صبى أو صبية لم يبلغ سنه ثمان عشرة سنة كاملة» ٠

(٢٥) مع تفاوت فى قدر العقوبة المقررة ٠ فيكون الفعل غير الرضائى جناية ، ويكون الفعل الرضائى جنحة ، يكون فيها الفاعل والمفعول فيه جانيا الا من كان مكرها أو مخطئا أو فاقدا للعقل وفقا للقواعد العامة للمسئولية ٠

والواقع أننا نتمنى تعديل نص المادة ٢٦٧ لتكون كالاتى :

كل ايلاج جنسى أيا ماكانت طبيعته يقع على الغير بالقوة أو بالتهديد أو بالحيلة والمباغتة يعاقب مرتكبه بالاشغال الشاقة المؤقتة أو السجن ٠

ويعتبر رضاء من تقل سنه عن ثمان عشرة سنة كاملة فى حكم المنعدم ٠

=

هذا الخلاف المبدئى ، فاننا نختلف مع المشرع المصرى فى خطته فى حماية العرض حتى فى مفهومه الاجتماعى ، فالاعتداء على الحـــرية الجنسية لا يكون جسيما فقط حين يتخذ شكل ايلاج ذكر لقضيبه فى فـــرج أنثى، بل أنه يكون أجسم اذا أولجه فى دبرها رغما عنها ، أو أولج فى هذا أو فى ذاك أصبعه أو عصا ، لانه لم يمتهن بفعله حريتها وانما امتهن جسدهـــا مع حريتها ، بل أن هذه الجسامة تتحقق بذات الدرجة حينما يجبر رجل رجلا رغما عنه على ايلاج قضيبه فى دبره فامتهان الجسد فوق العـــرض واضح ، وما دمنا نحمى — عن عمد وقصد — ما يسمى بالحرية الجنسية فأى فارق بين رجل يعتدى على حرية امرأة ويواقعها كرها ، وامرأة تعتدى على حرية رجل وتواقعه حيلة وخداعا ، وهو أمر متصور على الاقـــل اذا كانت متزوجة وأخفت عنه زواجها وعقدت عليه فقط لكى تناله ·

---

=

وترتفع العقوبة الى الاشغال الشاقة المؤبدة اذا كانت سن المجنى عليه أقل من سبع سنين كاملة أو كان المجنى عليه محبوسا ووقع الفعل عليه ممن لهم سلطة عليه أو بايعاز منهم ، أو كان عاجزا عن المقاومة لحمل أو مرض أو ضعف بدنى أو عقلى ، أو ترتب عليه ازالة بكارة الانثى ، أو تعدد المجنى عليهم وكـــذلك اذا وقع الفعل بالتهديد باستعمال السلاح أو صاحبته أفعال تعذيب بدنية أو قسوة وحشية أو كان الجانى ممن لهم سلطة علية أو من المتولين تربيته أو ملاحظتـــه أو كان خادما عنده أو عند من تقدم ذكرهم ·

وتكون العقوبة هى الاعدام اذا تعدد الجناة ، أو وقع الفعل على المحـــارم، أو اقترن بجناية خطف بالتحيل أو الاكراه ، أو ترتب عليه موت المجنى عليه ·

فاذا وقع الفعل برضاء أطرافه عوقب الفاعل والمفعول فيه بالحبس ·

أما على نطاق الاجراءات فيلزم

١ — حظر النشر بأى طريق من الطرق عن اسم الجانى أو المجنى عليه أو عن أية تفصيلات يمكن لاحد بفضلها تحديد شخصية الجانى والمجنى عليه ·

٢ — سرية الجلسات ·

٣ — حظر التعرض فى المرافعـــات لتاريخ المجنى عليه — ان كان انثى — وعلاقاته العاطفية السابقة ·

ومن هنا فنحن نتمنى على المشرع فى مصر أن يتبنى المفهوم الواسع «للوقاع» الذى تقوم به جناية الاغتصاب ، كما تبناه القانون الفرنسى وأن يؤمن بأن الغرض من ذلك هو فقط تحقيق تجريم فعال لصور الاعتداء الجسيمة على العرض •

## ٤٥ ـ القصد الجنائى :

لاتقوم جناية الاغتصاب قانونا من مجرد ايلاج رجل لقضيبه فى فرج أنثى ، رغم ارادتها أو بدونها ، دون موجب شرعى ، وانما لابد من توافر القصد الجنائى لدى الجانى ، أى انصراف ارادته الى ارتكاب فعل الايلاج وهو عنصر لازم لقيام الجريمة ينبغى اثباته استقلالا عن فعل الاكراه[٢٦] •

ويرى بعض الفقه أن القصد الجنائى المتطلب لقيام جناية الاغتصاب هو من قبيل القصد الخاص ، وهو «نية الوقاع» اذ ينبغى أن يكون هذا الوقاع هو نية الجانى أو غايته ، دون غيره من الافعال الهاتكة للعرض ، وأن هذه النية هى التى تميز الشروع فى الاغتصاب عن هتك العرض[٢٧] لكن الواقع أن نية الوقاع أى الايلاج ، هى جزء من تركيب القصد العام الذى هو ارادة الفعل الذى تقوم به الجريمة مع العلم بكافة عناصرها الاخرى ، بما لا حاجة معه لفكرة القصد الخاص[٢٨] •

---

(٢٦) مجرد جذب المرأة أو رفع ملابسها عنوة أو احتضانها من أمام أو خلف لا يفيد حتما قصد الوقاع •

(٢٧) أنظر فى فرنسا ، جارو المطول سابق الاشارة اليه حـ٥ بند ٢٠٨٦ ص ٤٧٩ وفى مصر عبد المهيمن بكر ، المرجع السابق ، ص ٦٨٢ •

(٢٨) ادوارد غالى ، المرجع السابق ص ٢١٣ •

ويستقر الفقه فى فرنسا ومصر على اعتبار جريمة الاغتصاب من جرائم القصد العام[٢٩] • فيلزم أن يتوافر لدى الفاعل ارادة الفعل ، وغالبا ما يكون اثباتها سهلا لاسيما اذا اقترنت بالاكراه الى درجة دفعت بالبعض الى القول بأن هذا القصد من الصعب جدا فصله عن وسيلة الاكراه أو التهديد أو الخداع التى استعملها الفاعل ودعا بهم الى القول بأن استعمال العنف أو التهديد أو الخداع يكون كافيا لافتراض القصد الجنائى لدى الفاعل[٣٠] • لكن القصد الجنائى ينتفى اذا انتفى علم الفاعل بأى عنصر من العناصر التى تتألف منها الجريمة ، كما لو اعتقد أن الوقاع الذى يأتيه يقع على امرأة تحل له ، كما لو تصور أنه بهذا الوطء يراجع زوجته التى طلقها رجعيا ، فى حين أن طلاقها كان قد صار بائنا ، أو أن الوقاع الذى يأتيه على غير حل يقع برضاء المرأة وفى هذا يقول جارسون أن القصد الجنائى ينتفى لدى الفاعل اذا كان يعتقد لحظة اتيان الفعل أن المقاومة التى يلقاها من المجنى عليها ليست جدية بل هى نوع من التدلل الذى لا ينفى الرضاء[٣١] • وليس فى هذا كله خروج على القواعد العامة •

فاذا توافر القصد الجنائى فلا عبرة فى القانون بالبواعث ، اذ

---

(٢٩) نجيب حسنى ، المرجع السابق ٣٦٠ – رمسيس بهنام ص ٢٨٩ – محمود مصطفى المرجع السابق ص ٢٣٩ – عمر السعيد رمضان المرجع السابق ص ٦٤٦ ، ٦٤٧ – حسنين عبيد ١٦٩ – ادوار غالى المرجع السابق ، الموضع السابق •

(٣٠) انظر جنرال بولوينو ، المرجع السابق ، ص ٢١٣ – وقرب جارسون المرجع السابق مادة ٣٣١ – ٣٣٣ ص ٨٤٨ بند ٤٤ – ولامبير المرجع السابق ص ٥٦٨ •

(٣١) جارسون المرجع السابق ص ٨٤٨ بند ٤٤ •

يستوى أن يكون باعثه الاشتهاء الجنسى ورغباته ، أو الانتقام أو الكراهية وبالتالى فان الجريمة تقوم ولو كان باعث الجانى من وقاع زوجته التى طلقها طلاقا بائنا دون علمها الابقاء على كيان الاسرة أو انجاب ذرية منها ، أو تكوين أسرة بعد أن فشل فى زواجه الاول[٣٢] ، أو كان باعثه فض بكارة المجنى عليها انتقاما منها أو من ذويها •

## المبحث الثانى

## عقوبة الاغتصاب

### ٤٦ ـ عقوبة الاغتصاب :

الاغتصاب جناية عقوبتها فى القانون المصرى الاشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة ، وهو ما قررته المادة ٢٦٧ عقوبات فى تقريرها أن « من واقع أنثى بغير رضاها يعاقب بالاشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة» • سواء وقعت الجريمة باستخدام الحيلة أو الخداع أو المباغتة أو بالتهديد باستخدام القوة ، أو باستخدام العنف البدنى ، كأعمال الضرب والجرح فالعقاب المقرر للجريمة يشمل من غير شك ما وقع فيها من عنف باعتباره عنصرا يدخل فى تكوينها ويكون مع فعل الوقاع وحدة قانونية تقوم بها جريمة واحدة ، الا اذا أفضى العنف الى وفاة المجنى عليها • اذ تتعدد الجرائم ويعاقب المتهم بالعقوبة المقررة للجريمة الاشد[٣٣]•

ومفهوم أن كل وقاع ينطوى بالضرورة على هتك للعرض ، لكن الوقاع

---

(٣٢) ادوار غالى المرجع السابق ص ٢١٣ •
(٣٣) محمود نجيب حسنى المرجع السابق ص ٣٦٧ •

يعتبر شكلا خاصا من أشكال هتك العرض واجهه المشرع بنص خـاص ـ اذا وقع بغير الرضاء ـ على نحو يكون فيه هذا النص وحده هو القابل للتطبيق ، لكن الفعل تتعدد به الجرائم تعددا معنويا اذا كان هذا الوقاع قد وقع علنا ، اذ تقوم به جريمة الاغتصاب والفعل الفاضح العـلنى ، وتطبق على الفاعل العقوبة المقررة للاغتصاب باعتبارها الاشد ، أمـا اذا قتل الجانى المجنى عليها بعد اغتصابها ، فرارا من المسئولية قامت فى حقه جناية القتل المقترن بجناية أخرى(٣٤) ٠

## ٤٧ ـ الظروف المشددة لجناية الاغتصاب :

شدد المشرع العقوبة المقررة للاغتصاب فى حالتين : الاولى وتتعلق بظروف ارتكاب الجريمة حيث رفع العقوبة الى الاعدام اذا سبقت جناية الاغتصاب جناية خطف المغتصبة بالتحيل أو الاكراه بالذات أو بالواسطة (م ٢٩٠ عقوبات) والثانية تتعلق بتوفر صفة معينة فى الجانى حيث رفع العقوبة الى الاشغال الشاقة المؤبدة اذا كان الجانى من أصول المجنى عليها أو من المتولين تربيتها أو ملاحظتها أو ممن لهم سلطة عليها أو كان خادما بالاجرة عندها أو عند من تقدم ذكرهم (م ٢/٢٦٧ عقوبات) ٠ وهكذا ٠ ـ فى خطأ فادح ـ لم يجعل القانون من صغر سن المجنى عليها ، أو من عجزها البدنى عن المقاومة لمرض أو نحوه ، أو من تعدد الجناه أو المجنى عليهم ظرفا مشددا للعقاب ٠

---

(٣٤) محمود نجيب ، المرجع السابق ص ٣٦٨ ٠ ويلاحظ أن الاغتصاب اذا وقع على متزوجة ينفى الزنا لان الزنا يفترض الرضا ، كما وأن الزنا اذا وقع ينفى الاغتصاب لانه لا يقوم الا اذا وقع الوقاع بغير رضاء المجنى عليها ٠

**٤٨ ـ أ ) التشديد الراجع الى ظروف ارتكاب الجـــريمة «أغتصاب الخاطف المخطوفة» :**

قررت المادة ٢٩٠ عقوبات أن كل من خطف بالتحيل أو الاكراه أنثى بنفسه أو بواسطة غيره يعاقب بالاشغال الشاقة المؤبدة ، ومع ذلك يحكم على فاعل هذه الجناية بالاعدام اذا اقترنت بها جناية مواقعة المخطـوفة بغير رضاها(٣٥) . وهذا معناه أن المشرع قـــرر رفع العقوبة المقـررة للاغتصاب من الاشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة الى الاعدام ، اذا وقع الاغتصـــاب من المشاركين بالخطف بالذات أو بالواسطة عـلى الانثى المخطوفة . ويتضح من تحليل هذا النص أنه يشترط لانطباق العقـوبة المشددة عدة شروط :

أولا : أن تقع على الانثى جناية خطف بالتحيل أو بالاكراه ، وتستقر محكمة النقض المصرية على تحقق جريمة خطف الانثى بالتحيل أو بالاكراه المقررة بالمادة ٢٩٠ من قانون العقوبات ، «بابعاد هذه الانثى عن المكان الذى خطفت منه أيا كان هذا المكان بقصد العبث بها ، وذلك عن طـريق استعمال طرق احتيالية من شأنها التغرير بالمجنى عليها وحملها على مرافقة الجانى لها أو باستعمال أى وســـائل مادية أو أدبية من شأنها سـلب ارادتها»(٣٦) . ومفاد ذلك أن هذه الجريمة تستلزم توفر قصد خاص لدى

---

(٣٥) هذه المادة معدلة بالقانون ٢١٤ لسنة ١٩٨٠ . لمواجهة تفاقم ظاهرة اختطاف الاناث لاغتصابها .

(٣٦) المادة ٢٩٠ لم يطرأ عليها فيما يخص تعريف الخطف بالتحيـــل أو الاكراه أى تغيير بتعديل سنة ١٩٨٠ انظر فى تعريف الخطف الطعـن رقـم ٩٨٢ س ٥٢ ق جلسة ١٩٨٢/٣/١٧ لم ينشر بعد ـ الطعن رقم ٥٢ ق جلسة =

الجانى هو نية العبث بها[٣٧] • وقصد الشارع من العقاب على جريمــة خطف الانثى التى يزيد عمرها عن ستة عشرة سنة هو حماية الانثى ذاتها من عبث الخاطف •• فمكان الخطف لا أثر له على الجريمة[٣٨] وتقــدير توافر ركن التحيل أو الاكراه فى جريمة الخطف (التى يتحقق ركنها المادى من مجرد ابعاد المجنى عليها ــ حيلة أو كرها ــ عن المكان الذى خطفت منه أيا كان هذاالمكان ، بنية العبث بها) مسألة موضوعية تفصــل فيهــا محكمة الموضوع بغير معقب مادام استدلالها سليما[٣٩] ، كما يلاحظ أن القانون قد سوى بين الفاعل والشريك فى جريمة الخطف ، فاعتبر مرتكبها فاعلا أصليا سواء ارتكبها بنفسه أو بواسطة غيره[٤٠]•

ثانيا : وقوع جناية اغتصاب مستكملة الاركان على الانثى المخطوفة ، يستوى أن تقع هذه الجناية فى صورتها التامة أم فى صورتها الناقصة، لان جناية الاغتصاب فى هذا الفرض ليست فى حقيقة أمرها سوى ظرفا مشددا لجناية الخطف وبالتالى فليست هناك أية أهمية لوقوعها تامة أو وقوفها عند مرحلة الشروع ، ففى الحالتين تكون عقــوبة الاعــدام هى

---

=

١٩٨٢/٦/٨ لم ينشر بعد ــ الطعن رقم ١٩٨٢ لسنة ٥٢ ق جلسة ٨٢/٣/١٧ لم ينشر بعد ــ نقض ١٩٨٠/١٠/١٦ أحكام النقض س ٣١ ص ٧١ ــ نقض ١٩٨٠/٥/١٥ أحكام النقض س ٣١ ص ٦٢١ • وهذا وبديهى أن رضاء الانثى بالخطف ينفيه ويفهم الرضاء بذات المعنى الذى درسناه فى عدم رضائيةالتصرف الماس بالعرض دون أدنى خلاف •

(٣٥) الطعن رقم ٤٦٦١ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٢/٦/١ لم ينشر بعد •

(٣٨) الطعن رقم ٢٨٧٧ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٤/١/١٩ لم ينشر بعد•

(٣٩) نقض ١٩٧٩/٥/٧ أحكام النقض س ٣٠ ق ١١٥ ص ٥٣٨ •

(٤٠) نقض ١٩٧٧/١/٣١ أحكام النقض س ٢٨ ق ٣٧ ص ١٦٩ •

المستحقة[٤١] .

ثالثا : اقتران جناية الاغتصاب بجناية الخطف وهو ما عبر عنهالقانون بتقريره «اذا اقترنت بها جناية مواقعة المخطوفة بغير رضاها» هـــذا الاقتران لا يتحقق الا اذا وقعت جناية الاغتصاب بعد تمام الركن المادى المحقق لجناية الخطف وقبل انتهاء حالة استمراره فمن المعروف أن جناية الخطف من الجرائم المستمرة التى يقبل ركنها المادى الاستمرار فىالزمان ما شاء له الفاعل أن يستمر ، فاذا وقع الاغتصاب على الانثى المخطوفة

---

(٤١) وبديهى أن هذا الظرف يفترض وقوع جـــريمة الخطف تامة ، لان وقوفها عند مرحلة شروع يحول عقلا وانطباق هـذا الظرف المشدد « مواقعـــة المخطوفة بغير رضاها».

كما يلاحظ من جهة أخرى ـ وهى ملاحظة بديهية ـ أن الخطف وحـــده لا يجعل من كل مواقعة تقع على المخطوفة من الخاطف ـ أو حتى من غـــيره ـ سلوكا تقوم به جناية الاغتصاب ، اذ أن هذه لا تقوم الا اذا وقع الوطء عــــلى المخطوفة رغم ارادتها أو بدونها . فاذا كانت ـ برغم الخطف ـ قد رضيت به فان هذا الظرف لا ينطبق وجناية الاغتصاب ذاتها لا تقوم .

غاية الامر أن «اثبات» وقوع الوطء على المخطوفة «دون رضاها» يكـون فى تلك الحالة أسهل اذ يتوفر الاكراه الذى تقوم به جناية الاغتصاب من مجـــرد التهديد بعدم اطلاق سراحها ، أو سقوطها هى نفسها رعبا أو خوفا من هـــول ما هى فيه ... اذ يكفى أن يثبت للقاضى لتوافر هـــذا الركن أن المجنى عليها كانت فى ظرف عجزت فيها عن ابداء المقاومة فرضيت بالفعل مجبرة ويرجع ذلك كله الى ماحددناه من قبل من أن القانون ـ والتطبيق القضـــائى ـ لا يشترط وقوع الفعل برغم ارادة الانثى بل يكفى أن يكون واقعا دون رضاها الصحيح المعتبر قانونا .

أما اذا كانت الانثى قد رضيت بالخطف نفسه ، أى وقع ابعادها عن المكان الذى كانت فيه برضائها الصحيح فان جناية الخطف لا تقوم لتخلف أحد أركانها فاذا واقعها من رضيت باختطافه لها «دون رضاها» ... قامت فى حقه جنـــاية الاغتصاب وحدها ، واستحق عقوبتها فى صورتها غير المشددة ما لم ينطبق عليه ظرف آخـــر .

فى تلك الفترة تحقق الاقتران ، اما اذا كانت حالة الاستمرار قد انتهت سواء بارادة الفاعل أو رغما عن ارادته فلا تشدد العقوبة ولو قابلها الخاطف بعد ذلك فواقعها بغير ارادتها •

هذا ولا ينطبق هذا الظرف المشدد الا على الخاطف أو المشاركين فى جريمة الخطف دون غيرهم (ومع ذلك يحكم على فاعل هذه الجناية — بقصد الخطف — بالاعدام اذا اقترنت بها جناية مواقعة المخطوفة بغير رضاها) •

**٤٩ — ب ) التشديد الراجع الى صفة الجانى :**

هذا ما قررته المادة ٢/٢٧٦ عقوبات بتقريرها « فاذا كان الفاعل من أصول المجنى عليها أو من المتولين تربيتها أو ملاحظتها أو ممن لهم سلطة عليها أو كان خادما بالاجرة عندها أو عند من تقدم ذكرهم يعاقب بالاشغال الشاقة المؤبدة » • وهذا معناه ان المشرع شدد العقوبة من الاشغال الشاقة المؤقتة أو المؤبدة الى الاشغال الشاقة المؤبدة اذا توافرت فى فاعل الجريمة احدى الصفات المقررة فى النص وهم :

**أ ) أصول المجنى عليها :**

وهم من تناسل منهم المجنى عليه تناسلا حقيقيا لا حكميا كالاب والجد وان علا أما التناسل الحكمى القائم على أساس البنوة أو التبنى فلا يدخل فى أصول المجنى عليها وان جاز تشديد العقوبة عليهم باعتبارهم من المتولين تربية المجنى عليها أو ملاحظتها لكن هذا أمر آخر • ويرجع السر وراء ذلك الى أنكار الشريعة الاسلامية لنظام التبنى[٤٢] •

---

(٤٢) يعترفون فى فرنسا برابطة التبنى ولذلك فالاب بالتبنى تسرى عليه علة التشديد •

فاذا توافرت تلك الصفة فى الجانى كانت وحدها كافية للتشديد ولو لم يكن بينه وبين المجنى عليها ألفة أو ثقة تجعل المجنى عليها تأمنه ولا تحتاط منه ، ومثل تلك الحالة أن يواقع الاب ابنته التى تجاوزت الثمان عشرة سنة بغير رضاها (٤٣) •

## ب ) المتولون تربية المجنى عليها أو ملاحظتها :

ويقصد بهم جميع الاشخاص الذين يقومون فعلا على أمر الاشراف على المجنى عليها ملاحظة وتهذيبا ، يستوى أن يكون مصدر اسناد هذه المهمة اليهم هو «القانون» كالولى والوصى والقيم والمدرس فى المدرسة أم «التعاقد» كالمدرس الخصوصى أو «الواقع» وحده كزوج الام وزوج الاخت والاخ الاكبر ، والعم والخال والاب بالتبنى ، ما دام قائما فعلا بهذا الاشراف وتلك الملاحظة • وقد قضى بأنه لايشترط لتشديد العقاب أن يكون الفاعل من المتولين تربية المجنى عليه باعطاء دروس عامة للمجنى عليه مع غيره ، أو أن يكون فى مدرسة أو معهد تعليم ، بل يكفى أن يكون عن طريق اعطاء دروس خاصة على المجنى عليه ولو كانت فى مكان خاص ، ومهما يكن الوقت الذى قام فيه الجانى بالتربية قصيرا ، وسيان أن يكون فى عمله محترفا أو فى مرحلة التمرين ما دامت له ولاية التربية بما تستتبعه من ملاحظة وما تستلزمه من سلطة ، وما دام قد ثبت أنه قد عهد اليه من أبوى المجنى عليه اعطاؤه دروسا خاصة والاشراف عليه فى هذا الصدد (٤٤) ، مأجورا عليها أم غير مأجور •

---

(٤٣) يلاحظ أن هذا الظرف عند انطباقه على هتك العرض يشمل الام وان نزلت ، كما يشمل الاب وان علا •

(٤٤) انظر نقض ١٩٥٨/٥/١٩ أحكام النقض س ٩ ق ١٣٧ ص ٥٤٦ -

## جـ ) من لهم سلطة على المجنى عليه :

ويقصد بالسلطة ما قد يكون للجانى من مقـدرة على تنفيذ أوامره على المجنى عليها أو السيطرة على تصرفاتها ، يستوى أن يكون مصـدر هذه المقدرة فى « القانون » ، كسلطة رب العمـل على عاملاته وصاحب الحرفة على من تعملن عنده ، ورئيس المصلحة أو المرفق على من تعملن فيه ، أو أن يكون مصدرها هو «الواقع» لا القانون كسلطة أحد أقارب المجنى عليها اذا لم يكن من المتولين تربيتها أو ملاحظتهـا[٤٥] .

أما فيما يتعلق بسلطة المخدوم على خادمته فمصدرها القانون ، ومن هنا فانه يكفى لتشديد العقوبة اذا وقع الفعل منه على خادمته أن يبين الحكم علاقة الخدمة بين المتهم والمجنى عليه دون حاجة الى بيان الظروف والوقائع التى لابست الجريمة للتدليل على أن المخدوم استعمل سلطته وقت ارتكاب الجريمة لان القانون قد افترض قيام السلطة بمقتضى هذه العـلاقة[٤٦] .

---

=

نقض ١٩٥٧/١١/٤ أحكام النقض س ٨ ق ٢٧٣ ص ٨٥٩ (الاحـكام بصدد هتك العرض) • وانظر فى مجموعة القواعد فى ٢٥ عاما نقض ١٩٤٨/١٠/٤ ص ١١٩١ بند ٤٢ «ان مجرد كون المتهم من المتولين تربية المجنى عليه يكفى لتشديد العقاب ولو فى مكان خاص وبالقاء درس خاص» وانظر بنـد ٤٣ • نقـض ١٩٥٣/٤/٢٧ طعن رقم ٣٦٦ سنة ٢٣ ق ص ١١٦٢ •

(٤٥) أحمد فتحى سرور المرجع السابق ص٥١٥ وانظر فى توافر هذه الظروف من رب عمل نحو عاملة بالاجرة عنده نقض ١٩٧٤/٦/٢٣ أحكام النقض س٢٥ ق ١٣٢ ص ٦١٧ •

(٤٦) وقد قضى فى فرنسا بوجود السلطة الفعلية لزوج الام على ابنتهـا البالغة لاعتيادها عليه وتبعيتها له منذ صغرها واقامتها معه فى مسكن مشترك Cass 3 out 1855 - B - 203.

ولعشيق أم المجنى عليها الذى يعيش معها =

هذا والفارق الوحيد بين السلطة القانونيـــة والفعلية ، أن الاخيرة تحتاج الى اثبات خاص ولا يمكن افتراضها •

### د ) الخادم بالاجر عند المجنى عليها أو عند من تقدم ذكرهم :

هو كل من ينقطع لقاء أجر للقيام بعمل لدى المجنى عليها أو عند أحد ممن تقدم ذكرهم ، سواء أكان هذا الانقطاع دائما كالخدم المقيمين معها فى المنزل أو كان لبعض الوقت كالبستانى والطبـــاخ والسفرجى الذى يعمل يوميا بعض الوقت • ولا يلزم فى الاجر أن يكون نقديا ، بل يمكن أن يكون الاجر عينيا ما دام موجودا •

وقد قضى بانطباق الظرف المشدد فى حـــق خادم فى مقهى اذا كانت المجنى عليها فى الوقت ذاته هى ابنة صـــاحب المقهى[٤٧] • • • فكل من يسكن أو يتعـــود على التردد على منزل المجنى عليها أو من هـــى تحت رعايته والذى يكون له بسبب ما يقوم به من الخـــدمات المأجورة مكانة مقربة من شأنها أن توفر له فرصا وتسهيلات لارتكاب جريمته ينطبـــق عليه الظرف المشدد[٤٨] • كما قضى بأن الفراش فى المدرسة التى يتلقى فيها المجنى عليه تعليمه يعتبر خادما بالاجرة لدى المتولين تربية المجنى

---

= Cass 31 dec 1868 . S - 1869 - 1 - 287.

وقضى فى مصر بأن تكليف المتهم للمجنى عليها بحمل متاعه من محطـــة سيارات مدينة حتى مكان الحـــادث لا يجعـــل له سلطة فعلية عليه • نقض ١٩٥٩/٢/٢٣ أحكام النقض س ١٠ ق ٤٩ ص ٢٢٦ •

(٤٧) نقض ١٩٤٠/٣/١١ طعن رقم ٥٥٢ سنة ١٠ ق • القواعد فى ٢٥ عاما • ص ١١٦٢ بند ٤٥ •

(٤٨) استاذنا المرصفاوى المرجع السابق ص ٦٥٣ وانظر انتقاد

عليه وملاحظته ، ويتعين بالتالى أعمال الظرف المشدد فى حقه[٤٩] بل أن محكمة النقض قد قضت بأنه متى كان المتهم والمجنى عليه يعملان فـــى محل كواء واحد ، فهما مشمولان بسلطة رب عمل واحد ، ومن ثم ينطبق الظرف المشدد عليهما[٥٠] • لو كانت احداهما عاملة وواقعها الآخر دون رضـــائها •

---

(٤٩) نقض ١٩٧٢/٥/٢٩ أحكام النقض س ٢٣ ق ١٩٠ ص ٨٣٥ •
(٥٠) نقض ١٩٥٧/٣/١٨ أحكام النقض س ٨ ق ٧٥ ص ٢٦٢ •

# الفصل الثانى

## جريمـــة هتـــك العرض

**٥٠ ـــ تعـــريف وتعـــليق :**

على خلاف جناية الاغتصاب التى تعتبر من الجرائم ذات المفهــوم المحدد ، والتى لا تثير لهذا السبب أية مشاكل حقيقية سواء فى تفســير اركانها أو فى تطبيقها عملا حيث ينحصر ركنها المادى فى شكل محدد من أشكال المساس بالعرض هو « شكل ايلاج رجل لقضيبه فى فرج انثى رغم ارادتها أو بدون رضاها دون أن يتوفر لذلك موجب من اباحة » فـــان « هتك العرض » هو الميدان الحقيقى الذى تتجمع فيه سائر المشـــاكل المتعلقة بجرائم العرض عموما ، ليس فقط لان ركنها المادى أقل تحديدا من جريمة الاغتصاب على نحـــو يدخلها فى الجرائم ذات المفهـــوم غير المحدد أو أن شئت قلت المتغير بتغير المكان والزمان والمناسبة ، وانمـــا لانها كذلك تتضمن تعقيدا فى صياغتها القانونية ، فهتك العرض يشـــكل فى حقيقة أمره جريمتين لا جريمة واحـــدة ، احداهما تعتبر جنـــاية فى القانون بينما تعتبر الثانية جنحة ، والفارق بينهما كما سوف نرى لا يجد سنده فى تغاير طبيعة الفعل فى الجريمتين ، فهو فى الحـــق واحد وانما يجد هذا السند فى الطريقة أو بالادق « فى الظروف التى وقع بها الفعل الهـــاتك على عرض المجنى عليه » ، وقد دأب الفقـــه لهذا السبب على دراسة جناية هتـــك العرض بالقوة أو بالتهديد ثم جنحة هتـــك العرض

دون قوة أو تهديد ، وزاد هذا الموقف تعقيدا أن صياغة الظروف المشددة التى قررها القانون كانت هى الاخرى أكثر تعقيدا ، بحيث تضافر ذلك كله فى تقطيع ما بين الجريمتين من أواصر(١) .

وقد تقررت جناية هتك العرض فى القانون المصرى بالمادة ٢٦٨ عقوبات بينما تقررت جنحة هتك العرض بالمادة ٢٦٩ عقوبات .

---

(١) نحن نتمنى تعديل نصوص هتك العرض على النحو التالى

«كل من هتك عرض انسان بالقوة أو بالتهديد أو بالحيلة أو المباغتة يعاقب بالاشغال الشاقة المؤقتة من ثلاث سنين الى عشر .

ويعتبر رضاء من تقل سنه عن ثمان عشرة سنة كاملة فى حكم المنعدم وترتفع العقوبة الى الاشغال الشاقة المؤقتة أو المؤبدة اذا كانت سن المجنى عليه أقل من سبع سنين كاملة ، أو كان المجنى عليه محبوسا ووقع الفعل ممن لهم سلطة علية أو بايعاز منهم ، أو كان عاجزا عن المقاومة لحمل أو مرض أو ضعف بدنى أو عقلى ، أو ترتب على الفعل ازالة بكارة الانثى أو تعدد المجنى عليهم ـ أو كان الفعل قد وقع بالتهديد باستعمال السلاح أو صاحبته أفعال تعذيب بدنية أو قسوة وحشية أو كان الجانى ممن لهم سلطة عليه أو كان من المتولين تربيته أو ملاحظته أو كان خادما عنده أو عند من تقدم ذكرهم .

وترتفع العقوبة الى الاشغال الشاقة المؤبدة أو الاعدام ـ اذا تعدد الجناة ، أو اذا وقع الفعل على المحارم ، أو اقترن بجناية خطف انثى بالتحيل أو بالاكراه ، أو ترتب عليه موت المجنى عليه .

فاذا وقع الفعل برضاء أصحابه كانت العقوبة هى الحبس مع توفير ذات الحماية الاجرائية التى عرضناها فى هامش ٢٥ . مع تقرير جريمة خاصة للافعال الجنسية ضد الطبيعة كاتيان البهائم .

هذا ويلاحظ أن مفهوم هتك العرض فى القانون الفرنسى ، صار الان بعد تعديل مفهوم جناية الاغتصاب ، مختلفا . اذ صار هذا الفعل يشمل سائر الافعال الشائنة الماسة بعرض المجنى عليه والتى تستطيل مباشرة الى جسده فيما عدا كل ايلاج جنسى ايا ماكانت طبيعته واقع على الغير برغم ارادته أو بدونها . أنظر أندريه فيتى ، المطول السابق ، ص ١٥١٠ .

### ٥١ ــ مفهوم الفعل الهاتك للعرض : « تذكير » :

وقد سبق لنا أن عرضنا لخصـــائص الفعل الجرمى المتضمن عدوانا على العرض ، وأبنا أن الفعل لا يستجمع صفته الجرمية الا اذا توافرت له خصائص ثلاثة : الاول أن يكون هــذا الفعل منطويا فى ذاته عــلى مساس بالعرض ، وهو ما يتحقق فى كل فعل شائن يستطيل الى جســد المجنى عليه على نحو يكشف عنه عورة أو يلامس منه عورة أو يمس به عورة غيره ، وقلنا أن هذه الافعال جميعا تعتبر فى ذاتها هاتكة للعــرض وتدخل فى مفهومه ، فيما خلا شكلا واحدا منها ، وان شكل فى ذاته هتكا للعرض ، الا أنه يخرج قانونا من نطاق هتك العرض ، ليدخل فى مفهوم جريمة خاصة هى الاغتصاب • هذا الشكل هو « ايلاج ذكر لقضيبه فى فرج انثى ليست حلا له • برغم ارادتها أو بدونها » •

ليس هناك اذن من جديد يمكن اضافته بالنسبة للفعل الذى يتحقق به هتك العرض ، جناية كان أو جنحة ، عما سبق لنا دراسته فى طبيعة التصرف الماس بالعرض • غاية الامر أن نذكر بأنه يكفى لقيـــام الركن المادى لهتــك العرض أن يكون الفعل فى ذاته هـــاتكا للعرض بالمعنى السابق ، أيا ما كانت طبيعته ، وأيا ما كان شخص الجانى أو المجنى عليه فيهفاذا كان الاغتصابلا يتحقق الا اذا اتخذ الفعلالشائن شكل « الوطء الطبيعى الواقع بايلاج ذكر لقضيبه فى فرج أنثى برغم ارادتها أو دون أرادتها » فان هذا الشكل هو وحده دون سواه الذى يخرج من مفهوم الفعل الهاتك للعرض •

وعلى هذا الاساس يدخل الفعل فى مفهوم هتك العرض قانونا ولو تضمن ايلاجا طالما لم يتخذ هذا الايلاج شكل الوطء الطبيعى الواقــع

من رجل بقضيبه على امرأة فى فرجها من أمام ، كاتيان المرأة من دبرها أو ايلاج القضيب فى فمها أو حتى الايلاج فى فرجها ( أو فى دبرها ) بغير القضيب كاصبع أو عصا أو نحوه . كما يعد الفعل هاتكا للعرض رغم تضمنه الايلاج اذا لم يقع من رجل على امرأة بدون رضاها ، كما لو وقع من رجل على رجل ، وهو الشذوذ الجنسى المسمى باللواط ، فاتيان الرجل من دبره يعد هتكا لعرضه ، أو حتى من أمرأة على رجل كما لو حملته على مواقعتها دون رضاه سواء بالتهديد أو بالحيلة والخداع ( كما لو عقد عليها لاخفائها عنه عمدا زواجها من آخر لكى تناله دون رضاه ، أودلفت الى فراشه ليلا على صورة جعلته يظن أنها زوجته )[٢].

كما يقوم هتك العرض ولو كان الفعل الجنسى خاليا من الوطء والايلاج وهو ما يتحقق بكل فعل شائن يستطيل الى جسد المجنى عليه على نحو يكشف عنه عورة أو يلمس منه عورة أو يلامس به عورة غيره ، بصرف النظر عن جنس الفاعل والمفعول فيه ، فقد يقع من رجل على امرأة ، كما لو كشف ملابس سيدة حتى وسطها وعرض جزءا من جسدها للانظار وقتا طال أو قصر ، أو أمسك بفرجها أو ثديها من فوق الملابس بغتة أو حك قضيبه فى دبرها ، كما قد يقع من رجل على رجل كما لو نزع عنه سرواله بالقوة وعرض عورته بذلك للانظار أو وضع أصبعه فى دبره أو أجبره على اللعب فى قضيبه ، كما قد يقع من امرأة على امرأة كما لو

---

(٢) هنا يتخذ الفعل شكل الوطء الطبيعى للمرأة من الامام ، لكنه يختلف عن الاغتصاب فى أن القوة فيه تستخدم من المرأة على الرجل ، على نحو تكون فيه المرأة هى الجانية والرجل هو المجنى عليه على عكس الاغتصاب الذى تقع فيه القوة من الرجل على المرأة . أنظر عوض محمد المرجع السابق . ص ٩٢٨ .

مزقت امرأة ملابس أخرى بقصد كشف عورتها وتعريضها للانظار أو وضعت اصبعها أو شيئا فى فرجهـا ، أو أجبرتهـا هى على أن تلامسها ملامسات جنسية ، كما يمكن أن يقع الفعل من امرأة على رجل كما لو استخدمت الحيلة والخداع لحمله على مواقعتها أو هددته بالقتل بمسدس صوبته الى جسده اذا لم يخرج عاريا فى الطريق ، أو فاجأته وأمسكت بقضيبه ، أو باغتته ووضعت يده على فرجها •

هذه مجرد نماذج للافعال الشائنة التى يمكن أن يتحقق بها هتـك العرض ، لما فيها فى ذاتها من مساس بالعرض لكن هذه الخصصية وحدها لا تكفى حتى يستجمع الفعل صفته الجرمية • فقد بينا أن الفعل لا يستجمع صفته الجرمية الا اذا كان فوق ذلك غير مشروع ، وغير رضائى •

فأما عن أنه يلزم أن يكون الفعل الهاتك للعرض غير مشروع ، فهو ما يستلزم انعدام الاسباب المبيحة لهذا الفعل ، كرابطة الزوجيـة ، أو الدفاع الشرعى ، أو أداء الواجب ، أو ممارسة العمل الطبى ، أو الالعاب الرياضية • على نحو ما سبق لنا أن أبنا •

لا يبقى اذن سوى شرط عدم رضائية الفعل وهو الشرط الذى يلعب دورا معقدا فى صدد جريمتى هتك العرض •

**٥٢ ــ دور رضاء المجنى عليه فى جرائم هتك العرض :**

يقصد برضاء المجنى عليه توافـر ارادته القابلة لوقوع المســاس بالعرض على جسد المجنى عليه على نحو يؤيد وقوعه أو يقبل به أو لا يمانع فيه ، اما صراحة واما ضمنا ، واما باتخاذ موقف لا تدع ظروف

الحال شكا فى رضاء المجنى عليه • والرضاء بهذا النحو اذا وقع مستجمعا لشروط صحته ، ممن بلغ سنه ثمان عشرة سنة كاملة كان مانعا من قيام أية جريمة من جرائم المساس بالعرض •

ولا يستجمع الرضاء صحته الا اذا كان هذا الرضاء صادرا مــن المجنى عليه قبل وقوع الفعل أو بالاقل معاصرا لوقوعه ، وكان حــائزا بحالة طبيعية للملكات العقلية والذهنية القادرة على فهم المغزى الحقيقى لرضائه وتقدير دلالته،دون انحطاط عابر يصيب أداءها لوظائفها أو عامل طارىء يشل حركتها ويهدر قوتها فى الاختيار •

فاذا كان الرضاء صادرا من صبى أو صبية لم يبلغ ســن كل منهما سبع سنين كاملة كان صادرا ممن لا يملكه واعتبر فى حكم المنعدم •

ومن استقراء نصوص القانون يتضح،أن صدور الرضاء صحيحا ممن بلغ سنه ثمان عشرة سنة كاملة يكون مانعا من توافر جريمة هتــك العرض مطلقا ، كما هو مانع من قيام جريمــة الاغتصاب • أما اذا كان الفعــل الهاتك للعرض قد وقع دون رضاء المجنى عليه أيا ما كان عمــره ، كان الفعل جريمة يشكل فى القانون « جناية هتك عرض » • جعل لها المشرع ظرفان مشددان للعقوبة •

أما اذا كان الفعل الهاتك للعرض قد وقع على من لم يبلغ ثمان عشرة سنة كاملة برضــائه الصحيح ، كان الفعل جريمــة يشكل فى القــانون « جنحة هتــك عرض » • قرر لهــا المشرع ظرفان مشددان من شــأن توافرهما استحالة الفعل الى جناية ، يتعلق أحدهما بسن المجنى عليــه ويتعلق الثانى بصفة الجــانى •

مع ملاحظة أن كل وقاع يحدث على انثى لم تبلغ سنها ثمان عشرة سنة كاملة ، برضاها الصحيح ، يعتبر بالضرورة هتكا للعرض ، لان هذا الرضاء وان كان مانعا من توافر جناية الاغتصاب الا أنه لا يمنع من قيام جنحة هتك العرض ومن استحالة هذه الجنحة الى جناية اذا كان الفعل قد وقع ممن يحمل الصفة التى شدد القانون العقاب بسببها •

**٥٣ ــ القصد الجنائى فى جرائم هتك العرض :**

اذا كانت جرائم هتك العرض فى القانون المصرى تتنوع فى طبيعتها بحسب ما اذا كان الفعل الهاتك للعرض ــ والذى تتوحد صورته فى جميع أنواعها ــ قد وقع بغير رضاء المجنى عليه أو برضائه ، فان هذه الجرائم جميعا لا تقوم لها قائمة فى القانون الا اذا توافر لدى الفاعل القصد الجنائى •

فجرائم هتك العرض ــ بجميع صورها ــ من الجرائم العمدية ، فهى لا تقوم بالخطأ غير العمدى من غير خلاف ، ولا يتميز القصد الجنائى المتطلب لقيام هذه الجريمة ــ بكافة صورها ــ فى مفهومه عن القصد الجنائى المتطلب فى غيرها من الجرائم ، فهو من قبيل القصد العام الذى يتشكل من ارادة الفعل مع العلم بكافة عناصر الجريمة الاخرى ، لكن الواقع أن هذا القصد يختلط عملا بالفعل المادى الواقع من المتهم على نحو يكون فيه مجرد اثبات ارادية الفعل منطويا فى ذاته على توافر القصد[٣] • وفى هذا تستقر محكمة النقض الفرنسية من قديم على أن

---

(٣) أنظر أندريه فيتى المطول السابق ص ١٥١٢ ــ لامبير المرجع السابق ص ٥٨٨ ، ٥٨٩ ــ جنرال بولونيو المرجع السابق ، ص ٢١٣ ــ فوان المرجع السابق ص ٣١٠ ــ وأنظر جارسون المرجع السابق ، المواد ٣٣١ الى ٣٣٣ ــ ص ٨٥٠ بند ٦٨ ، ٦٩ •

القصد الجنائى فى جرائم هتك العرض يستفاد ضمنا من طبيعة الجريمة، ولا يلزم أن يثبته قاضى الموضوع استقلالا[٤] ، وهو ذات المعنى الذى تستقر عليه محكمة النقض المصرية[٥] فى قولها أن القصد الجنائى فى جريمة هتك العرض يتحقق بانصراف ارادة الجانى الى الفعل ولا عبرة بما يكون قد دفع الجانى الى فعلته أو بالغرض الذى توخاه منها ولا يلزم

---

(٤) أنظر فى فرنسا أحكام المبدأ cass. 14 janv 1826. s. 1827. 1 258
cass 6 fevr 1829. s. 1830. 1. 228.

وانظر بعد تدقيق الصياغة واقامة الفصل بين القصد والباعث
cass. 7 févr 1957. B. 126.

"l'élément intentionel résulte implicitement de la nature du délit et n'a donc pas à être formellement affirmé par le juge"

(٥) قضت محكمة النقض فى مبدأ الامر «بأنه يكفى لتوفر القصد أن يكون الجانى قد ارتكب الفعل الذى تتكون منه الجريمة وهو عالم بأنه مخل بالحياء العرضى لمن وقع عليه .

طعن رقم ١١١٤ س ١٢ ق جلسة ١٩٤٢/٤/٣ ــ طعن رقم ٨٠ سنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٢/٤/٨ ثم قضت بأنه يكفى أن يكون قد ارتكب الفعل وهو عالم بأنه خادش لعرض المجنى عليها. طعن رقم ١٥١٠ سنة ٢٤ ق جلسة ١٩٥٤/١١/٢٢ وانظر فى معناه نقض ١٩٦١/٦/٢٧ أحكام النقض س ١٢ ص ٧٤٧ .

ثم بدأت تتجه الى مااتجهت اليه محكمة النقض الفرنسية فى تقريرها «اذا كان ما أثبته الحكم فى حق المتهم يدل بذاته على أنه ارتكب الفعل وهو عالم بأنه خادش لعرض المجنى عليه فان ذلك يتوفر به القصد الجنائى فى جريمة هتك العرض طعن رقم ١٢٣٣ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٦/٢/١٤ أحكام النقض س ٧ ص ١٧٤ .

ثم اتجهت الى أن تقرر أن الاصل أن القصد الجنائى يتحقق «بانصراف ارادة الجانى الى الفعل ونتيجته» . نقض ١٩٦٣/١٠/٢١ أحكام النقض س١٤ ص ٦٣٩ ــ نقض ١٩٦٤/١٢/٨ أحكام النقض س ١٥ ص ٨٠٥ .

ثم اكتفت بعد ذلك واستقرت على ماهو وارد بالمتن «انصراف ارادة الفاعل الى الفعل» ولم تعد تذكر حتى نتيجته .

فى القانون أن يتحدث الحكم استقلالا عن هذا الركن ، بل يكفى أن يكون فيما أورده من وقائع وظروف ما يكفى للدلالة على قيامه[٦] .

وقد يعترض البعض على هذا القضـــاء بتصور أن فيه خروجا على القواعد العامة التى تقضى بالزام النيابة العامة باقامة الدليل على توافر القصد الجنائى سواء ما تعلق منه بارادية الفعل ، أو بعلم المتهم ببقيـــة عناصر الجريمة ، على نحو يصبح فيه المتهم هو الملزم باقامة الدليل على انتفائه ، لكن هـــذا المعنى غير صحيح ، اذ لا شك ما دمنا نســـلم بأن الفعل الهاتك للعرض هو فعل شائن فى ذاته فان علم الهاتك بمدلوله ليس مفترضا وانما هو « واقع » ما دام أحدا لا ينازع فى قدرته على ادراك الامور ، فاستنتاج العلم بمدلول الفعل الهاتك من ارادية اتيانه ، وهـــو شائن فى ذاته ، لا يتنافى مع العقل والمنطق وليس افتراضا ، بل اعمالا لسلطة المحكمـــة فى الاثبات بطريق القـــرائن ، ولحقها فى ابدال محـــل الاثبـــــات[٧] .

واذا قام القصد الجنائى فلا عبرة فى القانون بالبواعث التى دفعت اليه ، يستوى أن يكون ارضـــاء الشهوة ، أو الكراهية أو الانتقـــام من المجنى عليه أو ذويه .

---

(٦) قضاء صار مستقرا طعن رقم ٥٩٧٦ س ٥٢ ق جلسة ١٩٨٣/١/٣٠ لم ينشر بعد ـ طعن رقم ٤٢٧١ س ٥٢ ق جلسة ١٩٨٢/١١/١٥ لم ينشر بعد نقـــض ١٩٧٠/٣/١٦ أحـــــكام النقض س ٢١ ق ٩٥ ص ٣٨٢ ـ نقـــض ١٩٦٥/١٢/١٣ أحكام النقض س ١٦ ص ٩٢٥ .

(٧) أنظر لنا الاثبات فى المواد الجنائية محاولة فقهية لارساء نظرية عامة ١٩٨٤ . ص ٧٦ وما بعدها .

## المبحث الأول

## هتك العرض بالقوة والتهديد

### ٥٤ ــ جناية هتك العرض بالقوة أو التهديد :

قررت المادة ٢٦٨ عقوبات أن كل من هتك عرض انســان بالقوة أو بالتهديد أو شرع فى ذلك يعاقب بالاشغال الشاقة من ثلاث سنين الى سبع • واذا كان عمر من وقعت عليه الجريمة المذكورة لم يبلغ ســت عشرة سنة كاملة أو كان مرتكبها ممن نص عنهم فى الفقرة الثانية مــن المادة ٢٦٧ يجوز ابلاغ مــدة العقوبة الى أقصى الحد المقرر للاشــغال الشاقة المؤقتة • واذا اجتمع هذان الشرطان معا يحكم بالاشغال الشاقة المؤبــدة •

وبهذا جعل المشرع المصرى من هتك العرض « دون رضــاء المجنى عليه » ، أى الواقع على المجنى عليه برغم ارادته أو بدونها جناية وقرر لها عقوبة الاشغال الشاقة من ثلاث سنين الى سبع•وهذه هى الجريمة الام أو الحماية الاصلية للعرض فىالقانون المصرى ، ومن هنا فهى تقوم بالفعل المتضمن عدوانا على العرض بخصائصه الثلاثة : المساس بالعرض وعدم مشروعية الفعــل ، وعدم رضائيــة الفعل ، الا اذا اتخذ شــكل الاغتصــاب •

هذه الجريمة اذن تفترض تحمل المجنى عليه لفعل فاحش استطال الى جسده ، فكشف عنه عورة أو مس منه عورة أو لامس به عورة غيره ، كما تفترض وقــوع هذا الفعل على جسد المجنى عليه برغم ارادته أو

بدونها ، على النحو الذى سبق لنا بيانه ، دون أن يتوفر موجب من اباحة .

وقد كان المنطق يقضى ، دون حاجة الى نص ، الى القول بأن الفعل الهاتك للعرض الذى يقع على مجنى عليه لم يبلغ سبع سنين كاملة برضاه ، هو فعل واقع من الناحية القانونية بغير رضاء المجنى عليه . على أساس أن هذا الرضاء يعتبر فى حكم المنعدم باعتباره قد صدر ممن لا يملكه ، وقد كان بوسع المشرع أن يقرر فى صلب النص المقرر لهذ هالجريمة نفسها على تشديد العقوبة اذا كان المجنى عليه فى الجريمة لم يبلغ سبع سنوات كاملة ــ باعتبار أن الجريمة الواقعة على مثله هى فى سائر الاحوال دون رضاه لانه لا يملك اصلا ما يمكنه من منح الرضاء ــ لكن المشرع فى صياغة غير موفقة واجه تلك الصورة فى صلب المادة ٢٦٩ عقوبات المخصصة لهتك العرض الرضائى ، مقررا عقوبة الاشغال الشاقة المؤقتة اذا كان هتك العرض قد وقع على صبى أو صبيه لم يبلغ سن كل منهما سبع سنوات كاملة ( م ٢٦٩ )[٨] .

---

(٨) وعلى هذا الاساس فان وقوع هتك العرض على صبى أو صبية لم يبلغ سن كل منهما سبع سنوات كاملة صار موزعا بين النصوص كالاتى

أ ) اذا وقع على أى منهما برضاه ( غير المعتبر قانونا بطبيعة الحال) كان خاضعا لحكم المادة ٢٦٩ عقوبات . وتكون العقوبة بصريح النص «الاشغال الشاقة المؤقتة» وهو تشديد وجوبى .

ب) اذا وقع على أى منهما بغير رضاه ، كان خاضعا لحكم المادة ٢٦٨ وشددت العقوبة عليه باعتبار أن عمره لم يبلغ ست عشرة سنة كاملة وهو ظرف مشدد الجريمة . ويكون تشديد العقوبة جوازيا للقاضى «يجوز ابلاغ مدة العقوبة الى أقصى الحد المقرر للاشغال الشاقة» فهو اذن تشديد جوازى .

=

## ٥٥ ـ القصد الجنائى فى جريمة هتك العرض بالقوة أو التهديد :

هتك العرض بالقوة أو التهديد جريمة عمدية ، يلزم لقيامها أن يثبت

---

وبهذا يكون المشرع قد أخطأ مرتين :

الاولى : حين عول فى أحكامه بالنسبة للصغير على الرضاء الصادر منه· وهو أصلا لا يملكه ·

الثانى : فى جعله عقوبة هتك العرض الواقعة «بالرضاء» الاشغال الشاقة المؤقتة وجوبا ، فاذا وقعت «بغير الرضاء» كان تشديد العقوبة الى أقصى الحد المقرر للاشغال الشاقة المؤقتة جوازيا ·

ولا يقال أن المشرع لايقصد ذلك ، وأن الجريمة الواقعة على الصغير الذى لم يبلغ السابعة برضاه أو بغير رضاه ، تخضع لحكم المادة ٢٦٩ وحدها باعتبارها قد أنشأت «جناية هتك العرض» الواقعة على الصغير الذى لم يبلغ السابعة باعتبار أن سن المجنى عليه ركنا من أركانها ، وهو معنى صحيح، لكن المشرع وهو يقيمها كان فى معرض تقرير الجرائم التى تجرم هتك العرض الرضائى ، ولو كان قصده أن رضاء هذا الصغير لا قيمة له من الناحية القانونية لانشأ جريمته فى المادة ٢٦٨ التى تقرر جرائم هتك العرض غير الرضائى ·

يعزز هذا الاستنتاج أن صياغة المادة ٢٦٩ جاءت واضحة كل الوضوح فى انصراف أحكامها الى هتك العرض «الرضائى» «كل من هتك عرض صبى أو صبية لم يبلغ سن كل منهما ثمانى عشرة سنة كاملة بغير قوة أو تهديد يعاقب بالحبس واذا كان سنه لم يبلغ سبع سنين كاملة أو كان من وقعت منه الجريمة ممن نص عليهم فى الفقرة الثامنة من المادة ٢٦٧ تكون العقوبة الاشغال الشاقة» وهى ذات الصياغة التى استخدمها فى تقريره لجريمة هتك العرض غير الرضائى وظروفها المشددة بسبب السن أو صفة الجانى أو الاثنين معا ··· م ٢٦٨ عقوبات ·

وقد ترتب على تلك الصياغة الرديئة للظروف المشددة لجرائم هتك العرض خطأ ثالث : هو أنه بينما تسمح تلك الصياغة بتشديد العقوبة الى الاشغال الشاقة المؤبدة اذا كان هتك العرض قد وقع على الصغير الذى لم يبلغ سنه سبع سنوات كاملة (وهو حكم ينطبق على كل من لم يبلغ سنه ست عشرة سنة كاملة) ممن نص عليهم فى المادة ٢/٢٦٧ ، اذا كان الفعل قد وقع على المجنى عليه «بغير رضاه» (م ٢٦٨) ، فان وقوع الفعل على ذات الصبى من أحد هؤلاء الجناة «برضاه» لا يمكن معه تشديد العقوبة الى الاشغال الشاقة المؤبدة لخلو نص المادة ٢٦٩ مما يسمح بذلك · وهو ما لا يمكن أن يكون المشرع قد قصده ·

لدى الفاعل ارادة ارتكاب الفعل الشائن مع علمه بكافة عناصر الجريمة الاخرى ، أى مع علمه بأن الفعل غير مشروع وغير رضائى وماس بعرض المجنى عليه ، وقد بينا كيف أن محكمة النقض المصرية قد جرت على أن القصد الجنائى يتحقق بانصراف ارادة الجانى الى الفعل ولا عبرة بما يكون قد دفع الجانى الى فعلته أو بالغرض الذى توخاه منها ولا يلزم فى القانون أن يتحدث الحكم استقلالا عن هذا الركن .

وقد بينا من قبل أن ما قالت به محكمة النقض ليس الا ابدالا أو تغييرا لمحل الاثبات وليس افتراضا ، لاسيما وأن الفعل فوق كونه مشينا فى ذاته وغير مشروع قد ارتكب باستعمال القوة أو التهديد باستخدامها أو بالاكراه أو بالحيلة والمباغتة . فاذاكان المتهم قد عمد الى كشف جسم امرأة وهى نائمة ثم أخذ يلمس عورة منها فلا يقبل منه القول بانعدام القصد لديه بدعوى أنه لم يفعل فعلته ارضاء لشهوة جسمانية وانما فعلها لباعث بعيد عن ذلك[٩] .

ومع ذلك فان هذا القصد ينتفى اذا ثبت أن الفعل الصادر من المتهم لم يكن اراديا ، كما لو أتاه أثناء النوم ، أو أتاه سهوا كما لو لمس بيده عورة امرأة عرضا أثناء سيره فى طريق مزدحم ، أو التصق بامرأة بسبب زحام المركبة ، أو كان قد أتى الفعل تحت تأثير اكراه أو ضرورة ، كما لو أمسك بامرأة من خاصرتها ليقى نفسه من السقوط من الاتوبيس لزحامه . وكذلك ينتفى القصد اذا اعتقد الجانى أن فعله مشروع كما لو كان يوقعه

---

(٩) نقض ١٣/٤/١٩٤٢ الطعن رقم ١١١٤ سنة ١٢ ق القواعد فى ٢٥ عاما ص ١١٨٨ بند ١٢ .

على مطلقته بتصور أن طلاقها لم يصبح بعد بائنا ، وكذلك ينتفى القصد اذا اعتقد الجانى أن فعله ليس من شأنه هتك عرض المجنى عليه ، كمـا لو أراد ضرب رجل أو امرأة ، وضربها بالفعـل ولكن ضربته افضت الى تمزيق ملابس أيهما وكشف عورة منه دون أن يقصد ، أو تمزقت الملابس على هذا النحو فى مشاجرة .

واذا قام القصد الجنائى ، فلا عبرة فى القانون بالبواعث ، ولا ينفى قيام القصد لدى المتهم أن يثبت أنه لم يكن يقصد برفع ملابس المجنى عليهن الا الكتابة على أفخاذهن ، لمعالجتهن من المرض باستخدام الجـن وتحرير عبارات على أفخاذهن[١٠] ، أو أنه لم يكن يقصد بفعله الا مجرد الانتقام من المجنى عليها أو ذويها[١١] ، كما قضى بتوافر القصد فى واقعة كان فيها المتهمون قد ألقوا المجنى عليها على الارض وأمسكوا بهـا حتى تمكن أحدهم من ازالة بكارتها بأصبعه[١٢] ، ولا يجدى المتهم ما يثيره من أنه لم يقصد المساس بأجسـام المجنى عليهم بل تعذيبهم بتعريضهم للبرد[١٣] ، أو كان باعثه من كشف ملابس المجنى عليه مجرد البصق فى دبره انتقاما ، كما قضى بتوافر الجـريمة فى حق متهم ادخل فى روع المجنى عليهن مقدرته على معالجتهن من العقم عن طريق الاستعانة بالجن وأنزل لذلك عن المجنى عليها الاولى سروالها ووضـع يده فى فرجها ؛

---

(١٠) نقض ١٩٤٢/٤/١٣ القواعد القانونية جـ٥ ق ٣٨١ ص ٦٤٣

(١١) نقض ١٩٧٠/٣/١٦ أحكام النقض س ٢١ ق ٩٥ ص ٣٨٢ .

(١٢) ١٩٣١/٣/١٢ القواعد القانونية جـ٢ ق ٢٠٤ ص ٢٦٥

(١٣) نقض ١٩٦٣/١٠/٢١ أحكام النقض س ١٤ ص ٦٣٩
وانظر كذلك ١٩٦٤/١٢/٨ أحكام النقض س ١٥ ص ٨٠٥

وتحسس بطن الثانية وثديها وأمسك ببطن الثالثة ••• فالقصد الجنائى يتوافر ••• مهما كان الباعث الذى حمله على ذلك[١٤] •

يستوى اذن لقيام القصد أن يكون باعث المتهم على الفعل هو قضاء الشهوة أو الكراهية أو الانتقام ، فكل البواعث فى قيام القصد سواء[١٥]

## ٥٦ ـ الشروع فى هتك العرض :

هتك العرض بالقوة أو التهديد جناية ، معاقب عليها وفقا للقواعد العامة ولو وقفت عند حد الشروع (م ٤٦ عقوبات) ومع ذلك فقد حرصت المادة ٢٦٨ع المقررة لتلك الجناية على النص صراحة على عقاب الشروع فى هتك العرض بالقوة أو بالتهديد ، فى قولها «كل من هتك عرض انسان بالقوة أو بالتهديد أو شرع فى ذلك •••» وهى نفس صياغة القانون الفرنسى •

وقد رأى الفقه فى فرنسا وبعض الفقه فى مصر[١٦] أن الشروع فى هتك العرض ليس أكثر من فكرة قانونية une notion juridique

---

(١٤) نقض ١٩٧١/١/٤ أحكام النقض س ٢٢ ق ١٠ ص ٣٨

(١٥) اندريه فيتى المطول السابق ، ص ١٥١٢ ـ جارسون المرجع السابق الموضع السابق • بند ٧٠ وما بعده ص ٨٥٠ •

(١٦) فى فرنسا • جارو المطول السابق ص ٤٨٣ وما بعدها ـ اندريه فيتى ، المطول السابق ص ١٥١١ • لامبير المرجع السابق ص ٥٩٠ ، ٥٩١ ـ جنرال بولونيو ص ٢١٨ ـ روسيليه وباتان المرجع السابق ص ٣٧٩ ، ٣٨٠ وانظر خصوصا فى تأصيل هذا الفقه • مارسيل ريجو وتروسيه • المرجع السابق ص ٢٩٣ ومابعدها •

وقد تأيد هذا الرأى فى مصر قضائيا بحكم وحيد نقض ١٩٢٨/١١/٢٢ =

غير قابلة لان تتحقق عملا ، فالفعل الهاتك للعرض اما أن يقع تاما واما لا يقع وليس هناك بين الاثنين مجالا يمكن فيه للشروع أن يتحقق فمجرد البدء فى تنفيذ فعل يخدش حياء المجنى عليه العرضى تقع به الجريمة تامة مهما بدا هذا الفعل بسيطا .

بينما يتجه الفقه المصرى فى مجموعه الى رفض هذا الرأى لمخالفته لصريح نص القانون وللقواعد العامة للشروع التى تكتفى لقيامه أن يأتى الجانى فعلا سابقا على تنفيذ الركن المادى للجريمة ومؤديا اليه حالا[١٧]. وقد تبنى هذا الفقه ما قضت به محكمة النقض من أن «القول بأنه ليس لجريمة هتك العرض حالة شروع تميزه عن الفعل التام لاسند له فى القانون المصرى بل هو يخالف قواعده العامة بشأن العقاب على الشروع فى سائر الجنايات ومنها جناية هتك العرض» ، ... وأن كل ما تتميز به جناية هتك العرض فى هذا الصدد هو أن المشرع قد سوى فى العقوبة بين الفعل التام والشروع فيه طبقا للقانون «وأن هذه التسوية فى العقوبة لاتنفى قيام حالة الشروع مستقلة عن الفعل التام»[١٨].

---

=

القواعد ج ١ ق ١٧ ص ٣٢ وقد تبنى هذا الرأى فى مصر الاستاذ أحمد أمين القسم الخاص ص ٤٥٣ ويضيف ومع هذا ففى الاحوال التى يتصور فيها امكان التمييز بين الشروع والفعل التام لا يكون للتمييز فائدة لان الشارع قد وضع للحالتين عقوبة واحدة وينتج عن ذلك أن عدول الجانى عن جريمة هتك عرض شرع فيها لا يمحو جريمته ولا يرفع عنها العقاب .

(١٧) الفقه المصرى كافة . وفى فرنسا جارسون المرجع السابق المواد ٣٣١ ـ ٣٣٣ بند ٧٨ ومابعده ص ٨٥١ .

(١٨) نقض ١٩٣٥/٢/١١ القواعد القانونية ج٣ ق ٣٣٢ ص ٤٢٢

وقد اتجه هذا الرأى الى القـول بامكان تحقق الشروع فى هتـك العرض فى حالتين :

١ ــ أن يكون الفعل الصادر من الجانى غير شائن فى ذاتـه أى لا يتضمن فى ذاته مساسا بعرض المجنى عليه ، لكن الجانى اتخذه ليصل به الى الفعل الهاتك ، كما لو صارح الجانى المجنى عليه بنيته فى هتـك عرضه ثم هدده وضربه وأمسك به بالقوة على الرغم من مقـاومته اياه وألقاه على الارض ليعبث بعرضه لكنه لم ينل مأربه بسبب استغاثته[١٩]. أو اعطائه مادة مخدرة أو منومة أو تشميمه شيئا لافقاده الوعى تمهيدا للعبث بعوراته[٢٠] .

٢ ــ أن يكون الفعل الصادر من الجانى لا يبلغ من الجسـامة حـد الاستطالة الى جسد المجنى عليه على نحو يكشف عنه عورة أو يلمس منه عورة أو يلامس به عورة غـيره ، أى لا يبلغ من الجسامة الدرجة التى تسوغ عده من قبيل هتك العرض التام ،.. فيلزم فى هذه الحالة ــ كما تستقر محكمة النقض ــ تقصى قصد الجانى من ارتكابها،فاذا كان قصده قد انصرف الى ما وقع منه فقط فالفعل قد لا يخرج عن دائرة الفعـل الفاضح ، أما اذا كانت تلك الافعال قد ارتكبت بقصد التوغل فى أعمـال الفحش فان ما وقع منه يعد بدءا فى تنفيذ جريمة هتك العرض وفقـا للقواعد العامة ولو كانت هذه الاعمال فى ذاتها غير منافية للاداب ... وتطبيقا لذلك قضت المحكمة بنقض حكم كان قد انتهى لعدم قيام جريمة

---

(١٩) نقض ١٩٣٥/٢/١١ السابق الاشارة اليه .

(٢٠) محمود جيب حسنى المرجع السابق ص ٣٩٦ .

هتك العرض أو الشروع فيها ، «لعدم اعتناء الحكم بالبحث عن مقصد الجناة باعتباره المعيار الفارق بين الشروع فى هتك العرض والافعال الفاضحة» ، وذلك فى واقعة كان فيها أحد المتهمين قد استدرج غلاما الى منزل المتهم الثانى ، وهناك راوداه عن نفسه فلم يستجب لتحقيق رغبتهما وعندئذ أمسك المتهم الاول بلباسه محاولا عبثا انزاله ــ بعد أن خلع هو (بنطلونه) ــ وأقبل المتهم الثانى الذى كان متواريا فى حجرة أخرى يرقب مايحدث وأمسك بالمجنى عليه وقبله فى وجهه ••• على أساس أن الحكم المطعون فيه لم يعن بالبحث فى مقصد المطعون ضدهما من اتيان هذه الافعال وهل كان من شأنها أن تؤدى بهما حالا ومباشرة الى تحقيق مقصدهما من العبث بعرض المجنى عليه[٢١] •

## ٥٧ ــ الظروف المشددة فى جناية هتك العرض بالقوة أو بالتهديد :

نص المشرع بالمادة ٢٦٨ عقوبات على ظرفين مشددين لعقوبة هذه الجناية • يترتب على توافر أحدهما «جواز» تشديد العقوبة من الاشغال الشاقة من ثلاث سنين الى سبع ، الى الاشغال الشاقة المؤقتة فى حدودها العامة • وهو من قبيل الظروف المشددة الجوازية التى يترك لقاضى الموضوع أمر تطبيقها • وهذان الظرفان هما :

١ ــ توافر صفة معينة فى المجنى عليه هى عدم بلوغه سن ست عشر سنة كاملة •

---

(٢١) نقض ١٩٧٠/٤/٥ أحكام النقض س ٢١ ق ١٢٥ ص ٥١٨ •
وانظر مناقشة مارسيل ريجو وبول تروسيه المرجع السابق لهذا الفرض المرجع السابق ص ٢٩٥ •

٢ — توافر صفة معينة فى الجانى هو أن يكون من أصـل المجنى عليه أو من المتولين تربيته أو ملاحظته ، أو ممن لهم عليه سلطة أو يكون خادما بالاجرة عنده أو عند من تقدم ذكرهم .

فاذا اجتمع هذان الظرفان معا تشدد العقوبة — وجـوبا — الى الاشغال الشاقة المؤبدة .

فأما عن الظرف الخاص بسن المجنى عليه وجواز ابلاغ العقوبة الى الاشغال الشاقة المؤقتة اذا كان المجنى عليه لم يبلغ لحظة ارتكاب الفعل عليه بغير رضاه ، ست عشرة سنة ، فنكتفى باثباته فى هذا المقام ، عـلى أن نعرض لتفصيلاته من بعد ، وأما عن توافر صفة معينة فى الجـانى وهو أن تكون له احدى الصفات المقررة فى المادة ٢٦٧/٢ فقـد عرضنا من قبل لمضمونه بما لاحاجة معه للتكرار .

فاذا اجتمع هذان الظرفان ، بأن وقع الفعل الهاتك للعرض على مجنى عليه لم يبلغ سنه ست عشر سنة من أحد أصوله أو أحد المتولين تربيته أو ملاحظته ، أو من واحد ممن لهم سلطة عليه أو من خادم بالاجرة عنده أو عند من تقدم ذكره ، ارتفعت العقوبة — وجوبا — الى الاشغـال الشاقة المؤبدة .

## المبحث الثانى

### هتك العرض دون قوة أو تهديد

**٥٨ — التعريف بجرائم هتك العرض بغير قوة أو تهديد :**

وضع القانون جنحة هتك العرض بالمادة ٢٦٩ عقوبات «كل من هتك

عرض صبى أو صبية لم يبلغ سن كل منهما ثمان عشرة سنة كاملة بغير قوة أو تهديد يعاقب بالحبس ...

ثم وضعت نفس المادة ظرفين مشددين للعقوبة ، من شأن توافر أحدهما تغيير نوع الجريمة وانقلابها من جنحة الى جناية فى قولها ... «واذا كان سنه لم يبلغ سبع سنين كاملة أو كان من وقعت منه الجريمة ممن نص عليهم فى الفقرة الثانية من المادة ٢٦٧ تكون العقوبة الاشغال الشاقة المؤقتة» .

وتتفق هذه الجرائم مع جناية هتك العرض بالقوة والتهديد فى الفعل المكون لها ، اذ يلزم — فى جميع جرائم هتك العرض — أن يصدر عن الجانى فعلا شائنا يستطيل الى جسد المجنى عليه على نحو يكشف عنه عورة أو يمس منه عورة أو يلامس به عورة غيره ، وأن يكون هذا الفعل من جهة أخرى غير مشروع ، لم يتوفر لاتخاذه سبب موجب لاباحته .

ويقال فى الفقه أنها تختلف عنها فى أمرين : أولهما أن هذه الجرائم تقع جميعا برضاء المجنى عليه أى بارادته القابلة لوقوع الفعل الماس بالعرض على جسده اما على نحو يؤيد وقوعه أو يقبل به أو لا يمانع فيه ، اما صراحة واما ضمنا واما باتخاذ موقف لاتدع ظروف الحال شكا فى دلالته على رضاء المجنى عليه ، بينما تفترض جناية هتك العرض بالقوة أو بالتهديد وقوع الفعل الهاتك للعرض على الدوام برغم ارادة المجنى عليه أو بدونها . ثانيهما يتعلق بدور «سن المجنى عليه» فى قيام الجريمة باعتباره ركنا من أركانها . فبينما لا يلعب سن المجنى عليه دورا فى جرائم هتك العرض بالقوة أو بالتهديد ، اذ تقوم الجريمة اذا وقع

هتك العرض على «انسان» ــ أيا ما كان سنه ــ مادام الفعل قــد وقع على جسده بغير رضاه ، مما يجزم بأن سن المجنى عليه ليس ركنــا فى الجريمة (وان كان المشرع قد جعل من صغر سن المجنى عليه وعدم بلوغه ست عشرة سنة ظرفا مشددا للعقوبة ليس الا) فان سن المجنى عليه يلعب دورا رئيسيا فى جرائم هتك العرض الرضائية التى تقع دون قــوة أو تهديد ، اذ تعد على نحو ما ركنا من أركان الجريمة لا تقوم لها قائمة الا به ، سواء فى صورتها التى تشكل جنحة فى القانون(اذا كانت سن المجنى عليه لم تبلغ ثمان عشرة سنة كاملة) أم سواء فى صورتها التى تشــكل جناية فى القانون (اذا كانت سن المجنى عليه لم تبلغ سبع سنين كاملة ، أو كانت سنه لم تبلغ ثمان عشرة سنة كاملة ووقعت عليه الجريمة من جان يحمل صفة من الصفات المنصوص عليها فى المادة ٢٦٧/٢)٠

ومن هنا يتضح أن جرائم هتك العرض دون قوة أو تهديد :

١ ــ جنحة هتك العرض ، وتقوم اذا وقع الفعل غير المشروع الهاتك للعرض على صبى أو صبية لم يبلغ سن كل منهما ثمان عشرة سنة كاملة برضاه ٠ وهذه يعاقب عليها بالحبس (م ٢٦٩ ع)٠

٢ ــ جناية هتك العرض ، وتقــوم اذا وقع الفعل غير المشروع الهاتك للعرض على صبى أو صبية لم يبلغ سن كل منهما سبع سنين كاملة برضاه ٠ وهذه يعاقب عليها بالاشغال الشاقة المؤقتة (م ٢٦٩ ع)٠

٣ ــ جناية هتك العرض ، وتقوم اذا وقع الفعل غير المشروع الهاتك للعرض على صبى أو صبية لم يبلغ سن كل منهما ثمان عشرة سنة كاملة

برضاه اذا كان الجانى هو أحد أصول المجنى عليه أو المتولين تربيتــه أو ملاحظته أو كان ممن له سلطة عليه ، أو كان خادما بالاجرة عنده أو عند من تقــدم ذكرهم • وهــذه يعاقب عليها بالاشــغال الشاقة المؤقتــة (م ٢٦٩ ع) •

وهذه الجرائم فى صورها الثلاث لا تقوم الا اذا صدر عن الجانى فعل غير مشروع هاتك لعرض المجنى عليه ، وفى هــذا الخصوص ليس هناك من جديد يضاف سوى أن هذا الفعل يشمل المواقعة أو «الــــوطء الطبيعى» الواقع على أنثى لم تبلغ الثامنة عشرة من عمرها ، اذا وقــع برضاها ، باعتبار أن وقوع الوطء برضاها ينفى الاغتصاب ، لكنه لايؤثر على قيام جريمة هتك العرض على أساس أن كل مواقعة تتضمن بالضرورة هتكا للعرض •

ويكاد الفقه أن يجمع على أنه يلزم فوق ذلك توافر أمرين : أولهمــا انعدام القوة أو التهديد وثانيهما أن يكون سن المجنى عليه وقت ارتكاب الفعل هو المشار اليه فى القانون (سبع سنوات ، أو ثمان عشرة سنة) • لكن الواقع أن ما يلزم لقيام الجريمة فوق كون الفعل هاتكا للعــرض من جهة وغير مشروع من جهــة أخرى أن يكون واقعــا رغم ارادة المجنى عليه أو بدونها ، شأنه شأن الفعل اللازم لقيام جناية هتك العرض بالقوة والتهديد سواء بسواء • غاية الامر أن نلاحظ أن الارادة المعتبرة قانونا فى مادة العرض لها شروط لايمكن أن تقوم الا بها وأولها يكون صاحبها أهلا لها من الناحية القانونيــة ، وحائزا من الناحيــة الواقعية للملكات الذهنية التى تنتجها فى حالة طبيعية •

فالفعل الشان لا يمكن أن يدخل فى مفهوم التصرف المتضمن عدوانا

على العرض الا اذا كان واقعـــا على المجنى عليه رغم ارادته أو دون ارادته المعتبرة قانونا • والفعل الواقع على المجنى عليه يكون من الناحية القانونية غير رضائى فى حالتين :

١ ــ اذا وقع رغم ارادة المجنى عليه أو بدون ارادته وهــو يملك أهليتها وهو ما عبر عنه القانون بلفظ «بالقوة أو بالتهديد» •

٢ ــ اذا وقع بارادة المجنى عليه وهو لا يملك أهليتها وهــو ماعبر عنه القانون بعبارة «بغير قوة أو تهديد» • ومن هنـــا يتضح أن تجنب القانون استعمال تعبير الرضاء ــ وقد تجنبه المشرع الفرنسى حتى فى جريمة الاغتصاب ــ اكتفاء بتعبيرى القوة والتهديد كان مقصودا لتوقى الخلط بين توافر الرضاء فى المعنى الواقعى ، وتوافر الرضاء فى المعنى القـــانونى •

ولما كان سن المجنى عليه هو مناط أهليته كان طبيعيا أن يلعب هــذا السن الدور الاول فى جرائم هتك العرض دون قوة أو تهديد ، باعتبار أن هذا السن هو المعول عليه فى تكييف طبيعة الرضاء الواقعى الصـــادر منه،وهل هو رضاء معتبر قانونا لا تقوم به أية جريمة من جرائم العرض، أم رضاء غير معتبر قانونا فتقوم الجريمة برغمه •

**٥٩ ــ دور سن المجنى عليه فى تكييف الرضاء الصادر عنه :**

مادام المشرع قد جعل من هتك العرض الواقع على صبى أو صبيـــة لم يبلغ سن كل منهما ثمان عشرة سنة بغير قوة أو تهديد (م ٢٦٩) ، أى بارادته المؤيدة للفعل ، أو القابلة له أو التى لاتمانع فيه ، جنحـــة فى

القانون ، بينما ترك الفعل مباحا اذا وقع هذا الفعل على من بلغ سنه ثمان عشرة سنة كاملة اذا توافرت تلك الارادة ذاتها ، فهذا معناه أن المشرع يعتبر سن ثمانية عشرة عاما هو سن الاهلية للتصرف فى العرض. فاذا كان الرضاء بالفعل الهاتك قد صدر ممن لم يبلغها كان رضاء غير معتبر من الناحية القانونية لصدوره ممن لايملكه[٢٢] ، اما اذا كان قد صدر ممن بلغها كان رضاء معتبرا من الناحية القانونية لانه صادر ممن يملكه ، ما دام مستجمعا لشروط صحته ، وقد سبق ورأينا أن الرضاء لايكون صحيحا من مجرد صدوره ممن يملكه وانما يلزم فوق ذلك أن يكون هذا الرضاء صادرا من شخص حائز من الناحية الواقعية للملكات الذهنية والعقلية المنتجة للرضاء بحالة طبيعية .

وهذا معناه أن الرضاء الصادر ممن لم يبلغ الثامنة عشرة من عمره هو رضاء غير معتبر مطلقا من الناحية القانونية ولو كان من الناحية الواقعية صادرا من شخص يحوز فعلا وبحالة طبيعية سائر الملكات العقلية والذهنية التى تنتج الارادة ، أما الرضاء الصادر ممن بلغ تلك السن فهو رضاء صادر ممن يملكه لكن ذلك وحده لا يكفى لاعتبار هذا الرضاء من الناحية القانونية وانما يلزم لاعتباره ، أن يستجمع فوق ذلك شروط صحته ، أى أن يكون صادرا عن شخص يحوز «فعلا» الملكات العقلية والذهنية القادرة على انتاج هذا الرضاء وبحالة طبيعية[٢٣] .

---

(٢٢) أنظر ماسبق المبحث الثالث من الفصل الثانى من الباب الاول . ويعبر الاستاذ الدكتور محمود مصطفى عن ذلك بقوله المرجع السابق ص ٢٥٣ «وبهذا يجعل القانون صغر السن أساسا للمسئولية والعقاب ويعد قرينة قاطعة على انعدام الرضاء» . نفس المعنى عبد المهيمن بكر ، المرجع السابق ص ٧٠٤ .

(٢٣) وعدم اعتبار الرضاء فى هذه الحالة لا يرجع الى عدم حيازة المجنى =

## ٦٠ ــ جنحة هتك العرض دون قوة أو تهديد :

تقوم هذه الجريمة اذا وقع الفعل غير المشروع الهاتك للعرض على صبى أو صبية لم يبلغ سن كل منهما ثمان عشرة سنة ، اذا كان هذا الفعل قد وقع عليه بارادته المؤيدة لوقوعه أو القابلة له أو غير المانعة فيه • ويرجع السبب فى قيام الجريمة فى هذه الصورة الى أن رضاء المجنى عليه قد صدر ممن لا يملك أهليته(٢٤) •

هذا ويلزم لقيام المسئولية توافر القصد الجنائى لدى الفاعل ، أى ارادة الفعل مع العلم بكافة عناصر الجريمة الاخرى بما فيها سن المجنى عليه بطبيعة الحال باعتباره ركنا من أركان الجريمة • فاذا انتفت ارادة ارتكاب الفعل أو انتفى علم الجانى بأى عنصر من عناصر الجريمة انتفى القصد الجنائى على ما تقتضية القواعد العامة •

فاذا توافر القصد فلا عبرة بعد ذلك بالبواعث التى دفعت الفاعل الى اتيان الفعل باعتبار أن البواعث كلها أمام القانون سواء •

---

=

عليه لاهلية الرضاء وانما لتخلف شرط من شروط صحة الرضاء ، وهو الا تكون ملكاته العقلية والذهنية قد أصيبت بانحطاط دائم أو طارىء كمرض أو نحوه• أنظر ماسبق بشأن شروط صحة الرضاء • أنظر بتسبيب آخر محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ص ٤٠٦ اذ يرى الاعتداد بالعمر العقلى لا بالسن الفعلية •

(٢٤) ومن هنا فاذا دفع المتهم بأن المجنى عليه قد تجاوز سنه ثمان عشرة سنة ، دفع جوهرى يتعين على المحكمة أن تحققه باعتباره أمرا جوهريا له أثره فى تكوين الجريمة المسندة الى المتهم • فان لم تفعل فان حكمها يكون قاصرا نقض ١٩٥٢/٣/٢٤ الطعن رقم ١٣١ س ٧٢ قضائية • القواعد القانونية فى ٢٥ عاما بند ٤١ ص ١١٩١ •

ومع ذلك فان محكمة النقض المصرية قد أفترضت من خلال تفسير مجهد للنصوص وجود قرينة مؤداها علم المتهم بحقيقة سن المجنى عليها، وأنها دون الثامنة عشرة ، الا اذا قام الدليل على أنه لم يكن بمقدوره بحال أن يعرف الحقيقة(٢٥) • وهو موقف نكتفى هنا باثباته لنناقشه من بعد مع قواعد تقدير سن المجنى عليه باعتبار أن ما قررته محكمة النقض يعتبر ارساء لمبدأ عام بسن المجنى عليه فى جرائم العرض •

هذا ولا عقاب على الشروع فى هذه الجريمة باعتبارها جنحة • لم يرد نص خاص بالعقاب عليها •

## ٦١ — الظرفان المشددان للجريمة :

جنحة هتك العرض بغير قوة أو تهـديد بأركانها السابقة تنقلب الى جناية قرر لها القانون عقوبة الاشغال الشاقة المؤقتة فى حالتين ، تفصح كل منهما فى ذاتها عن العلة التى تقف وراء ذلك التشديد • وهما :

١ — اذا كان المجنى عليه لم يبلغ سنه سبع سنين كاملة ، وهـذه الجريمة تفترض أن الفعل قد وقع على الصغير بارادة مؤيدة أو قابلة أو غير ممانعة وقد يبدو شاذا أن يعول على « رضاء صغير غير مميز » فى الاحكام التى تخضع لها الجريمة ، لكن هذا الشذوذ لا ينسب الينا وانما

---

(٢٥) نقض ١٩٧٥/٤/١١ أحكام النقض س ٢٢ ق ٨٦ ص ٠٣٥٠ وأنظر لذا الاثبات فى المواد الجنائية مشار اليه من قبل ص ٠٨٣

وهو ترديد لقضاء قديم يرجع الى حكم ١٩٤٣/٥/٣١ الطعن رقم ١٢٧٨ س ١٣ ق القواعد القانونية فى ٢٥ عاما بند ٤٠ ص ١١٩١ ٠

ينسب الى القانون نفسه[٢٦] ٠

---

(٢٦) هذا الشذوذ يجد مصدره فى ثلاث أمور :

١ – أن المشرع قد عول فى أحكامه بالنسبة لهتك العرض الواقع على من هو دون السابعة ، على رضاه ٠ وهو أصلا فاقد ليس فقط لاهلية الرضـــاء فى جرائم العرض (سن ١٨ سنة) وانما كذلك فاقد للتمييز ٠ وهكذا عـلى الـرغم من أن رضاء الصغير (من هو دون السابعة) غير معتبر مطلقا من الناحية القانونية الا أن توفر هذا الرضاء من الناحية الواقعية يدخل الجريمة فى مفهـوم هتـــك العرض دون قوة أو تهديد بينما يترتب على انعدام هذا الرضاء الواقعى ادخال الجريمة فى مفهوم هتك العرض بالقوة والتهديد وينطبق عليها الظرف المشـدد المقرر فيها اذا كان سن المجنى عليه يقل عن ست عشرة سنة ٠ وهكذا توزعت جرائم الصغير الذى يقل سنه عن سبع سنين بين النصوص دون مبرر ٠

٢ – ان هذا الخطأ فى الصياغة قد ترتب عليه أن صارت عقوبة هتك عرض الصبى الذى لم تبلغ سنه سبع سنين كامله برضاه هى الاشغال الشاقة المؤقتة «وجوبا» ، أما اذا وقعت عليه ذات الجريمة ولكن بالقوة والتهديد ، أى بـــدون رضاه الواقعى «جاز» بلوغ العقوبة تلك الحد ٠

٣ – ان وقوع هتك العرض عليه «دون رضاه» من أحد الجناه الذى تتوافر فيهم أحد الصفات المقررة فى المادة ٢٦٧/٢ يترتب عليه ارتفاع العقـــوبة الى الاشغال الشاقة المؤبدة (م ٢٦٨/٣) بينما تظل العقوبة الاشغال الشاقة المؤقتة اذا وقعت الجريمة عليه برضاه ، وهكذا للمرة الثانية بسبب الصياغة الرديئـة لنصوص هتك العرض ، يؤثر رضاء صغير غير مميز على الاحكام القانونية التى تحكم الجرائم ٠

أنظر بند ٥٤ هـ رقم ٨ من هذا الفصل ٠

والواقع أن الفقه يسلم فى ضميره بانشطار جريمة الصغير الذى لم يبـــلغ سنه سبع سنين على هذا النحو فيقرر الاستاذ الدكتور محمود نجيب حسنى المرجع السابق ص ٣٨٩ «اذا كان المجنى عليه غير مميز فالرضاء الصـــادر عنه لا قيمة له ، اذ لايعد تعبيرا عن ارادة ذات قيمة قانونية ، ولكن يلاحظ أنـــه اذا كان المجنى عليه دون السابعة فان رضاءه بالفعل يجعل الجريمة «**هتــك عـرض بالرضاء**» مقترنة بظرف مشدد يوقع عقوبتها الى الاشغال الشاقة المؤقتة (المادة ٢٦٩ من قانون العقوبات)٠ ويرى الاستاذ الدكتور محمود مصطفى ، المرجـــع السابق ص ٢٥٣ «قد يكون هتك العرض «**بغير قوة أو تهديد**» يميزها عـــدم =

٢ — اذا كان المجنى عليه لم يبلغ سنه ثمان عشرة سنة كاملة ، وكان

---

=
بلوغ المجنى عليه سن السابعة ٠٠٠ ومما تنبغى ملاحظته انه لم تكن ثمة حاجة للنص على صورة هتك العرض الذى يقع على مجنى عليه لم يبلغ السابعة فهذه الصورة تدخل فى حكم المادة ٢٦٨ اذ أن انعدام التمييز يفيد انعـدام الرضاء» ٠ ويقرر الاستاذ الدكتور رمسيس بهنام نفس النقد ص ٢٩٩ — وكرر نفس النقد الاستاذ الدكتور عبد المهيمن بكر المرجع السابق ص ٧٠٦ — والاستاذ الدكتـور عمر السعيد رمضان المرجع السابق ص ٣٤٨ وأضاف «أن فعل الجانى فىحقيقته هو هتك عرض بالقوة أو بالتهديد» ٠ والاستاذ الدكتور أحمـــد فتحى سرور وأضاف أنه «بدون هذا النص يجوز اعتبار هتك عرض هذا الصغير بمثابة هتك عرض بالقوة ، والاستاذ الدكتور حسنين عبيد المرجع السابق ص ١٨٦ «فالجريمه هتك عرض بالقوة أو بالتهديد وفقا للقواعد العامة ذلك أن رضـــاء الصبى أو الصبية غير المميز يكون عديم القيمة القانونية» ٠

ويؤكد هذا الفهم حكمين لمحكمة النقض طبقت فى الاول على الفعل جنـاية هتك العرض دون قوة أو تهديد وفى الثانى طبقت جناية هتك العرض بالقـوة والتهديد الاول : ١٩٦٤/٤/١٤ أحـــكام النقد س ١٥ ق ٦٣ ص ٣١٨ من أن الفقرة الثانية من المادة ٢٦٩ من قانون العقوبات نصتعلىعقوبة الاشغال الشاقة المؤقتة اذا كان من وقع عليه فعل هتك العرض صغيرا لم يبلغ من العمـر سبـع سنين كاملة ٠ وعدم بلوغ الصغير السابعة من عمره انما هو ركن مميز لجريمة خاصة يختلف عقابها عن الجريمة المنصوص عليها فى الفقرة الاولى من تلك المادة ذلك لان الرضاء فى سن الطفولة لا يعتد به بتاتا لانعدام التمييز والارادة» ٠٠٠ فهى تقصد بالخصوصية هو تميزها عن جنحة هتك العرض ٠ وانظر كـــذلك نقض ١٩٧٠/٣/٨ أحكام النقض س ٢١ ق ٨٧ ص ٣٥١ — وطبقت المادة ٢٦٩ فقرة ١ ، ٢ ٠

أمـا فـى الحـــكم الثـــانى ( طعن رقـــم ١٥٣٩ س ٥٠ ق جلســـة ١٩٨١/١/١١ لم ينشر بعد ) قد قضت فى واقعة كان فيها شخصا قـد هتـك عرض صبية لم تبلغ من العمر ست سنوات «بغير رضاها» بأن استدرجها الى منزل مهجور وخلع سرواله وهتك عرضها بأن كشف عن عضو تذكيره وأكرهها على أن تمسك به ثم لامس به أسفل بطنها وأصطحبها باكية الى خارج المنزل
=

الجانى من أصوله أو من المتولين تربيته أو ملاحظته أو ممن له سلطة عليه أو كان خادما بالاجرة عنده أو عند من تقدم ذكرهم ٠

## ٦٢ ــ القواعد القضائية المتعلقة بسن المجنى عليه :

تبين من دراسة جرائم هتك العرض كافة أن سن المجنى عليه يكون أحيانا ظرفا مشددا من ظروف الجريمة ويكون فى احيان أخرى ركنا من أركان الجريمـــة :

فعدم بلوغ المجنى عليـــه سن ست عشرة سنة كاملة يعتبـــر ظرفا مشددا فىجناية هتك العرض بالقوة والتهديد ( ٢/٢٦٨ ) ٠

وعدم بلوغ المجنى عليه سن ثمان عشرة سنة كاملة يعتبر ركنـــا فى جنحة هتك العرض بدون قوة أو تهديد ( ٢٦٩ ) ٠

وعدم بلوغ المجنى عليه سن ثمان عشرة سنة كاملة يعتبر ركنا فى

---

=
واشترى لها بعض الحلوى ٠ فعاقبته محكمة جنايات المنصورة عمـــلا بمـادة الاتهام ١/٢٦٨ (لاحظ أنها المقررة لجـــريمة هتك العرض بالقـــوة والتهديد) بالاشغال الشاقة ثلاث سنوات ٠٠٠ فأيدت محكمة النقض الحكم قـائلة : «ان رضاء الصغيرة لم تبلغ من العمر سبع سنين ــ كما فى الدعوى المطروحة ــ غير معتبر قانونا ، ويعد هتك عرضه جناية هتك عرض بالقوة ولو لم تستعمل ضده أى وسيلة من وسائل الاكراه أو القسر ٠

وهكذا انطبقت فى الحالة الاولى جناية هتك العرض دون قـوة أو تهـديد (م ٢٦٩) وفى الثانية جناية هتك العرض بالقوة والتهديد (١/٢٦٨)٠والفعلان هتك عرض ، على صبية لم تبلغ سبع سنين كاملة ٠ ورضاؤها غـــير معتبـــر قانونا ٠٠٠ الفارق الوحيد أن رضاء الصبية «الواقعى» كان فى الحالة الاولى ثابتا وفى الثانية لم يكن رضاها «الواقعى» ثابتا ٠

جناية هتك العرض بدون قــوة أو تهديد الواقعة من احــد الذين نصت عليهم المادة ٢/٢٦٧ ( ٢٦٩ ) •

وعدم بلوغ المجنى عليه سن سبع سنين كاملة يعتبر ركنا فى جناية هتك عرض صبى لم يبلغ تلك السن بدون قوة أو تهديد ( م ٢٦٩ ) •

ومن خلال ذلك يتضح أن سن المجنى عليه يلعب دورا هاما سواء فى انطباق الظروف المشددة أو توافر اركان الجريمة وعلى ذلك فان دفــع المتهم بعدم بلوغ المجنى عليه السن المعينة لانطباق الظرف أو قيــام الجريمة يعتبر دفعا جوهريا تلتزم المحكمة بالرد عليه وبتحقيقه ويكون معيبا الحكم الذى يدين المتهم دون أن يثبت بلوغ المجنى عليه الســن المقررة لانطباق الجريمة أو الظرف المشددة عليه •

والفصل فى سن المجنى عليه هو فصل فى مسألة موضوعية •

والعبرة هى دائما بسن المجنى عليه لحظة ارتكاب الجريمــة بصرف النظر عن تاريخ اكتشافها أو تاريخ المحاكمة[٢٧] •

ويستقر القضاء على أن الاصل ان القاضى لا يلجأ فى تقدير السن الى أهل الخبرة الا اذا كانت هــذه السن غير محققة بأوراق رســمية ( شهادة ميــلاد رسمية أو مستخرج رسمى منها أو من افادة رســمية أستقيت من دليل رسمى )[٢٨] • فاذا كانت هــذه الاوراق موجودة فلا

---

المرجع السابق ص ٣٠٤ •

(٢٧) أنظر لامبير المرجع السابق ص ٥٩٨ ـ مارسيل ريجو وبول تروسيه

(٢٨) راجع نقض ١٩٧٠/٣/٨ أحــكام النقض س ٢١ ق ٨٧ ص ٣٥١

=

يجوز احالة المجنى عليه الى الطبيب لتقدير سنه على الرغم من وجــود شهادة الميلاد ، ويكون الحكم الذى يعتمد فى تقدير سن المجنى عليه فى هذه الحالة على تقدير الطبيب أو على أقوال المجنى عليه أو أحد ابويه ، رغم وجود الشهادة معيبا ، أما اذا لم توجد أوراق رسمية فان عــلى المحكمة تحقيق سن المتهم فان اغفلت ذلك كان حكمها معيبا(٢٩) •

كما تستقر محكمة النقض على أن التقويم الذى يحتسب على أساسه سن المجنى عليه هو « التقويم الهجرى » لا « التقويم الميلادى » باعتباره التقويم الذى يتفق مع صالح المتهم أخــذا بالقاعدة العامة فى تفســير القانون الجنائى ، والتى تقضى بأنه اذا جاء النص العقــابى ناقصا أو غامضا فينبغى أن يفسر بتوســع لمصلحة المتهم وبتضيق ضد مصلحته ، وأنه لا يجــوز أن يؤخذ فى قــانون العقــوبات بطريق القياس ضـــد مصلحته(٣٠) •

---

=

«فى الحكم استقى السن من افادة المدرسة الملحق بها المجنى عليه» •

ونفس الامر فى نقض ١٩٧١/٦/٢٧ أحكام النقض س ٢٢ ق ١٢٤ص٥١١ وانظر جنرال بولونيو ، المرجع السابق ص ٢١٩ ويقرر أن تقدير السن يمــكن الوصول اليه على الاخص بواسطة الفحص الطبى عند عدم وجود تحقيــق رسمى الشخصية Etate civil وانظر مارسيل ريجو وبول تروسو المرجــع السابق ص ٣٠٤ •

(٢٩) نقض ١٩٦٨/٥/٢٧ أحكام النقض س ١٩ ق ١٢١ ص ٦٠٨ •

(٣٠) نقــض ١٩١٣/٤/٥ مجمـــوعة الشرائــع س ١ ص ٢٦ – نقــض ١٩٦٧/١٢/٤ أحكام النقض س ١٨ ق ٢٥٤ ص ١٢٠٨ •

ويؤيدها فى ذلك معظم الفقه • الاستاذ أحمد أمين المرجع السابق ص٤٥٩ محمود مصطفى ص ٢٥٣ المرجع السابق ص – رمسيس بهنـــام المرجع السابق ص ٣٠٠ – حسن المرصفاوى المرجع السابق ص ٦٦٨ عبد المهيمن بكر المرجــع السابق ص ٧٠٥ •

وينتقد بعض الفقه هذا الرأى على أساس أنه التقـويم المعتبر فى المعاملات الرسمية وقد نص عليه قانون الاجراءات الجنائية فيما يتعلق باحتساب المواعيد[٣١] • والواقــع أن تقل حكم المــادة ٥٦٠ اجراءات والتى تنص على أنه « جميع المدد المبينة فى هذا القانون تحسب بالتقويم الميلادى » انما هو نقل للحــكم بطريق القياس فيما هو ضــد مصلحة المتهم وهو لذلك يتنافى مع مقتضيات الشرعية ، لا سيما وأن المادة ٥٦٠ كانت حريصة على أن تحصر نطاق سريان حكمها على « المدد المبينة بهذا القانون أى المبينة فى قانون الاجراءات » وهو اعتبار يكفى وحده ــ مهما كانت المبررات ــ لتأييد ما انتهت اليه محكمة النقض •

هذا وتجرى محكمة النقض على القول بأن « العبــرة فى السن فى جريمة هتك العرض هى بالسن الحقيقة للمجنى عليه ولو كانت مخالفة لما قدره الجانى أو قدره غيره من رجال الفن اعتمادا على مظهــر المجنى عليه وحالة نمو جسمه أو على أى سبب آخر • والقــانون يفترض أنه وقت مقارفته للجريمة على من هو دون السن المحددة فى القانون يعــلم بسنه الحقيقية ما لم تكن هناك ظروف استثنائية واسباب قهرية ينتفى معها هذا الافتراض »[٣٢] • فكأن محكمة النقض قد افترضت أن هناك نصا فى القانون قد أقام « قرينة قانونية تفيد علم المتهم بالسن الحقيقية للمجنى عليه » • وهى قرينة لا تقبل اثبات العكس الا « اذا اعتــذر

---

(٣١) نجيب حسنى المرجع السابق ص ٤٠٥ ــ فتحى سرور المرجع السابق ص ٥٢٧ حسين عبيد المرجع السابق ص ١٨٥ •

(٣٢) نقض ١٩٤٠/٣/٢٥ القواعد القانونية جـ٥ ق ٨٦ ص ١٥٤ ــ نقض ١٩٤٠/١١/١١ جـ٥ ق ١٤٦ ص ٢٧٢ •

المتهم بظروف قهرية أو استثنائية » • وقد عللت المحكمة هذا القضاء فى قولها « أن كل من يقدم على مقارفة فعل من الافعال الشائنة فى ذاتها أو التى تؤثمها قواعد الاداب وحسن الاخلاق يجب عليه أن يتحــرى بكل الوسائل الممكنة حقيقة جميع الظروف المحيطة قبل أن يقدم على فعلته فاذا هو أخطأ التقدير حق عليه العقاب عن الجريمة التى تتكون منها ما لم يقــم الدليل عــلى أنه لــم يكن فى مقــدوره بحال أن يقف عــلى الحقيقــة »(٣٣) •

ومحكمة النقض كانت بذلك تجيب على سؤال مؤداه ، هل يمكن للمتهم أم أنه لا يمكنه أن يدفع بجهله أو غلطة فى سن المجنى عليه فينتفى قصده الجنائى ــ وفقا للقواعد العامة ــ ولا تقوم مسئوليته عن الجريمة أو لا يسأل عن الظرف المشدد المتعلق بسن المجنى عليه الذى كان يجهله ؟ • وقد أجابت محكمة النقض الفرنسية عن هــذا التساؤل فى سنة ١٩٠٢ بنفس الاجابة التى ردت بها محكمة النقض المصرية منذ سنة ١٩٤٠ فى رفضها للطعن بالنقض الذى قدم من مدير احد بيوت الدعارة الذى أدانه حكم محكمة الجنايات فى تهمة « تحريض القصر على الفسق » دون أن يثبت علمه بسن القاصر التى سمح لها بممارسة الدعارة فى المحل الذى يديره ، فقضت بان دفع المتهم بعدم العلم بسن المجنى عليه لا يمــكن قبوله الا اذا استطاع أن يثبت بأن الخطأ الذى وقع فيه فى تقدير سن

---

(٣٣) نقض ١٩٤٣/٥/٣١ القواعد القانونية حـ٦ ق ٢٠٥ ص ٢٧٧ •وانظر نقض ١٩٧١/٤/١١ أحكام النقض س ٢٢ ق ٨٦ ص ٣٥٠

وبالتالى «غير مجد قول الطاعن أنه كان يجهل سن المجنى عليها الحقيقية لما كانت فيه من ظروف وما يبدو عليها من مظهر يدل على أنها جــاوزت السن المقررة بالقانون للجريمة» •

المجنى عليه لا يمكن أن يسأل عنه ، وليس من ذلك أن يدعى أن مظهـر المجنى عليه ونموه البدنى قد أوقعه فى غلط[٣٤] . ثم أصدرت فى سنة ١٩٥٧ حكما فى احدى قضايا الشذوذ الجنسى قضت فيه بأن الحـكم لا يلزم أن يثبت صراحة فى سبيل اثبات القصـد الجنائى للفاعل بأنه كان يعلم بواقعة أن خدينه كان عمره أقل من ٢١ عاما وهو السن التى لا تقوم من بعده الجريمـة[٣٥] .

ويؤيد الفقه الفرنسى فى مجموعة قضاء محكمة النقض ، ويرى أن هذا القضاء انما يعنى ان المتهم لا يمكن أن يفلت من المسئولية لمجرد أنه كان يعتقد أن المجنى عليه قد تجاوز السن المقررة فى القانون وانما عليه هو أن يثبت أن الخطأ الذى وقع فيه لم يكن من الممكن توقيه imputable ، ولا يجوز له على وجه الخصوص أن يدفع بأن خطأه راجع الى المظهر الجثمانى للمجنى عليه ، ودون ذلك فان القضاء غير ملزم بأن يبين صراحة أن المتهم كان يعلم بالسن الحقيقية للمجنى عليه[٣٦] .

وعلى هذا الاساس فان النيابة العامة لم تعد بهذا القضـاء ملزمة باقامة الدليل على علم المتهم بسـن المجنى عليه ، بل أن المحكمة قـد افترضته لدى المتهم ، وأجازت له أن ينفيه باثبات أن جهله به كان راجعا

---

(٣٤) cass. 4 janv 1902. D.p. 1902. 1. 528.

(٣٥) cass. 7 fevr. 1957. B. 126.

(٣٦) أنظر أندريه فيتى المطول السابق ص ١٥١٤ وخصوصا ١٥٧١ ـ وأنظر جنرال بولوينو المرجع السابق ص ٢١٩ ـ فوان المرجع السابق ص ٣١٤ ويقرر مع الفقه أنه حل قابل للانطباق على جميع مواد الجـرائم الاخلاقية ـ مارسيل ريجو ، وبول بروسيليه المرجع السابق ص ٣٠٤ .

الى اسباب طـارئة أو ظروف استثنائية أو على حـد تعبيرها اذا أقام الدليـل على أنه لم يكن فى مقدوره بحال أن يقف على الحقيقـة[٣٧] • ومحكمة النقض فى ذلك لم تقل بأن علم الجانى بسن المجنى عليه ليس عنصرا من عناصر القصد الجنـائى ، فالجريمة لا تزال فى نظر محكمـة النقض من الجرائم العمدية[٣٨] • غاية الامر أنها لدواعى رأت أنهـا تستحق افترضت علم المتهم بهذه السن وأجازت له أن ينفيـه بطريق واحد هو اقامة الدليل على أن الخطأ الذى وقع فيه فيما يتعلق بسـن المتهم لم يكن بمقدوره أن يتـوقاه ، وهو موقف كان يمـكن أن يكون سديدا ، لو كان فى نص التجريم ما يسمح بهذا الافتراض ، صراحة أو ضمنا ، اما وأن نص التجريم قد جاء خاليا مما يسمح بهذا الافتراض ، فان قول محكمة النقض به يصبح خروجا على القواعد العامة فى الاثبات دون سند من القانون[٣٩] • والواقع أن موقف محكمة النقض يستند الى

---

(٣٧) أنظر لامبير المرجع السابق ص ٥٩٩ الى ٦٠١ ويقرر أن الحل الذى تبناه القضاء الفرنسى أن المتهم اذا كان يجهل حقيقة سن المجنى عليه فقد كان بوسعه أن يستعلم أو عند الشك يمتنع عن الفعل وبالتالى فان المتهـم يكـون مسئولا عن خطئه الشخصى ودفاعه المؤسس عى وقوعه فى الخطأ بسبب النمو البدنى والمظهر الجسمانى لضحيته لا يؤخذ فى الاعتبار ص ٥٩٩ ـ فاذا وقع فى خطأ فان عليه هو أن يثبته ص ٦٠١ •

(٣٨) أنظر مع ذلك النقد الموجه من الاستاذ الدكتور أحمـد فتحى سرور المرجع السابق ص ٥٢٢ هامش ٤ •

(٣٩) هذا الموقف أخذته محمة النقض عندنا ليس فقط بالنسبة لعـلم المتهم بجريمة هتك العرض بحقيقة سن المجنى عليها • نقض ١٩٧١/٤/١١ أحكام النقض س ٢٢ ق ٨٦ ص ٣٥٠ ـ وانما أيضا فى افتراض عـلم الشريك فى الزنا بزواج من زنى بها • نقض ١٩٦٢/٥/٢٩ أحكام النقض س ١٣ ق ١٣٠ ص ٥١٠ وفى افتراض توافر القصد الجنائى لدى السكران سكرا اختياريا نقض ١٩٥٩/٦/٢٠ أحكام النقض س ١٠ ق ١٦١ ص ٧٤٢» وهو اتجاه يكـاد أن يكون عاما فى الافعال التى تؤثمها قواعد الاداب والاخلاق» انظر لنا • الاثبـات فى المواد الجنائية سابق الاشارة اليه ص ٧٩ ومابعدها • =

اعتبارات عملية هى الخوف من افلات مرتكبى هذ ه الجرائم المؤثمة اخلاقيا ، لو فتحنا باب الدفع بالجهل بالسن الحقيقية[٤٠] ، وهو تشدد فى ذاته محمود لكنه يحتاج الى نص يسنده على نحو ينتقل فيه عبء اثبات عدم العلم بحقيقة السن على المتهم[٤١] .

ودون وجود هذا النص لا يمكن تبرير هذا القضاء بمقولة أن سن الفرد واقعة معلومة لكافة l'age d'un individue étant un fait public[٤٢] . يحيطها القانون بالعلانية ويكفل لها الاشهار ويجعل لكل شخص شهادة تثبت تاريخ ميلاده ، ويفترض بعد هذه الاجراءات أن حقيقة السن معروفة للكافة[٤٣] . اذ يبقى بعد ذلك أن المتهم قد لا يكون شخصيا عالما بها .

---

=

أنظر فى نقد هذا الموقف . عبد المهيمن بكر المرجع السابق ص ٧٠٣ ــ أحمد فتحى سرور المرجع السابق ص ٥٢٢ ، ٥٢٣ .

وأنظر فى ضرورة ثبوت علم المتهم عمر السعيد رمضان ، المرجع السابق ص ٣٤٧ .

(٤٠) قرب حسن المرصفاوى المرجع السابق ص ٦٦٧ ــ وقرب أيضا محمود نجيب حسنى المرجع السابق ص ٤٠٩

(٤١) وهو الموقف الذى يفسر به لامبير الموضع السبق موقف محمة النقض .

(٤٢) أنظر مارسيل ريجو وبول تروسيه ، المرجع السابق ص ٣٠٤ .

(٤٣) أنظر محمود نجيب حسنى المرجع السابق . وبتفصيل أوفى النظرية العامة للقصد الجنائى دراسة تأصيلية مقارنة للركن المعنوى فى الجرائم العمدية ١٩٧٨ ص ٧٠ وما بعدها .

# محتويات الكتاب

صفحة

## مقـــــدمة



## الباب الأول

## محل الحماية الجنائية للعرض



## الفصل الأول

## نطـــاق الحماية الجنـــائية للعرض

## المبحث الاول

## الجـــرائم المخصصة لحماية الاسرة

صفحة



## المبحث الثـــانى

## الجرائم المخصصة لحماية الحشمة أو الحياء العام

صفحة

## المبحث الثـالث

## الجرائم المخصصة لحماية النظام العام من الانشطة الجنسية الخطرة



## الفصل الثانى

## مضمــون الحمــاية الجنائيــة للعرض

## أو خصائص التصرف الجرمى المتضمن عدوانا على العرض



## المبحث الاول

## فى مســاس التصرف بالعــرض

## المبحث الثانى

## فى عدم مشروعية التصرف



## المبحث الثالث

## فى عدم رضائية التصرف الماس بالعرض



## الباب الثانى

## فى اشكال الحماية الجنائية للعرض

صفحة

## الفصل الأول

## جريمة الاغتصاب



### المبحث الاول

### الاركان المشكلة للاغتصاب



### المبحث الثانى

### عقوبة الاغتصاب

صفحة

## الفصل الثانى

### جريمة هتك العرض



### المبحث الاول

### هتك العرض بالقوة والتهديد



### المبحث الثانى

### هتك العرض دون قوة أو تهديد

صفحة



**تم بعـون الله وفضـله**